

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 52.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA PRÉSCRIPTION EXTINCTIVE DES ACTIONS

ET EN PARTICULIER

DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN

DE LA

PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PAUL DE GUILLIN

Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1889

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE DES ACTIONS

ET EN PARTICULIER

DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN

DE LA

PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi 12 Juin 1889, à 1 heure

PAR

PAUL DE GUILLIN

Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

Président : M. DEMANTE, Professeur

SUFFRAGANTS	{	MM. GARSONNET	}	PROFESSEUR
		LARNAUDE		AGRÉGÉS
		CHAVEGRIN		

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

MEIS ET AMICIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547919_0033

DROIT ROMAIN

DE LA PRESCRIPTION DES ACTIONS ET EN PARTICULIER DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

L'objet de la présente étude est de rechercher tout d'abord quelles étaient les règles générales de la prescription extinctive des actions dans la législation romaine, et ensuite de déterminer quelles étaient les règles spéciales à l'extinction par la prescription de l'action hypothécaire dans cette législation.

PREMIÈRE PARTIE

Prescription des actions.

INTRODUCTION

« La prescription des actions, dit Savigny, est une « des institutions les plus importantes et les plus salutaires. » Les rapports de droit sont par eux-mêmes incertains, susceptibles de doutes et de contradictions : il est de l'intérêt bien entendu de la société que le droit d'agir soit renfermé dans un laps de temps limité. Si l'on n'admettait pas l'extinction des actions par la prescription il se produirait ce résultat singulier : Un créancier déjà désintéressé attendrait que les preuves de la libération eussent disparu, puis il viendrait réclamer de nouveau l'exécution de l'obligation. Le débiteur, dans l'impossibilité où il serait de retrouver les témoins qui auront assisté à la libération, ou de reproduire le titre constatant qu'il a exécuté son obliga-

tion, se verrait contraint de payer une seconde fois. Il y aurait là quelque chose de très regrettable. En admettant au contraire que le temps aura le pouvoir d'éteindre les actions, on assurera au débiteur une preuve de libération qui lui permettra de repousser une seconde réclamation de la part de son créancier. Qui ne voit d'ailleurs que si ce dernier reste dans l'inaction, il s'élève une présomption très forte qu'il a été désintéressé ou bien que l'obligation a été constituée dans des conditions telles de dol ou de violence qu'il n'ose s'en prévaloir. Lors même qu'il n'y aurait rien de tel, le créancier aura toujours à se reprocher d'avoir été négligent et d'avoir oublié l'adage : *jura vigilantibus prosunt*. Il est donc démontré que dans toute bonne législation, à côté de la prescription acquisitive ou usucapion, on trouvera une institution corrélative, la prescription extinctive des actions. C'est ainsi que le Code civil (art. 2262) déclare prescriptible par trente ans toutes les actions tant réelles que personnelles.

C'est cependant dans un sens tout opposé que s'était prononcée la législation romaine à l'époque classique, les actions étaient essentiellement perpétuelles, le temps par lui-même ne suffisait pas pour en provoquer l'extinction. Ce n'est que très tardivement, sous Théodose le Jeune, que nous voyons la législation se transformer, et apparaître pour la première fois la prescription extinctive des actions comme règle générale.

Notre présente étude comprendra donc l'examen de la législation romaine à deux époques distinctes :

Première période, antérieure à Théodose, la règle générale est la perpétuité des actions ;

Deuxième période, posthéodosienne , la règle est renversée, les actions sont désormais en principe prescriptibles par trente ans.

CHAPITRE PREMIER

SECTION PREMIÈRE

PERPÉTUITÉ DES ACTIONS

Dans cette première période, qui comprend le droit romain depuis ses origines jusqu'à Théodose le Jeune, le principe général est que les actions ne peuvent pas s'éteindre *solo tempore*. Comment d'ailleurs pouvait-il en être autrement, les droits réels tels que la propriété et les servitudes et les droits personnels étaient par eux-mêmes essentiellement perpétuels. Si nous prenons la propriété, nous la voyons à l'époque classique considérée comme absolue quant à sa durée. Toute clause ayant pour effet de limiter à un certain temps le transfert de la propriété, non-seulement était dépourvue de toute efficacité mais même entraînait la nullité absolue de l'aliénation.

Un rescrit de Dioclétien et Maximien (fragm. vatic., § 283) est très formel en ce sens : *Stipendiorum prædiorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio irrita est,*

quum ad tempus proprietatem transferri nequiverit. L'impossibilité de transférer la propriété *ad tempus* demeura la règle générale jusqu'à Justinien, qui renversa le principe, et décida que la propriété pourrait désormais être valablement transférée avec apposition d'un terme *ad quem* ou d'une condition *ad quam*. Mais il faut bien entendre dans quel sens la transmission de propriété ne pouvait pas être opérée *ad tempus*. Nous ne voulons pas dire qu'une convention par laquelle un acquéreur s'engageait à retransférer la propriété à l'aliénateur ne fut parfaitement valable. L'aliénateur avait alors une action personnelle qui lui permettait de poursuivre son acquéreur en exécution de son obligation de retransférer la propriété.

Mais, ce que nous soutenons, c'est que jusqu'à Justinien, on ne pouvait valablement soumettre une transmission de propriété à un terme ou une condition résolutoires, opérant *ipso jure* la résolution du droit de l'acquéreur et retransférant la propriété à l'aliénateur (1).

(1) D'après certains auteurs cependant l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition résolutoires auraient eu pour effet de retransférer la propriété *ipso jure* à l'aliénateur bien avant Justinien. Cette opinion a été soutenue notamment par le jurisconsulte allemand Schulin, *ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana*, Marburg, 1873, et *ueber Resolutiobedingung und Endtermine*, Marburg, 1873, et on la trouve reproduite dans un article de M. Appleton, professeur

Pour les servitudes prédiales originaires il en était de même, elles excluaient rigoureusement l'ap-

à la Faculté de droit de Lyon (de l'*action publicienne* et de l'*utilis vindicatio*, Revue historique, ann. 1885, p. 483 et suiv., et 1886, p. 289 et suiv.). En principe, le droit de propriété ne peut pas être transféré *ad tempus*, mais comme l'action publicienne repose sur la tradition opérée en vertu d'une *justa causa*, il en résulte qu'elle pourra être invoquée par toute personne ayant reçu tradition d'une chose. Il se trouve alors qu'à côté du droit de propriété qui ne peut être transféré *ad tempus*, il existe un autre droit très analogue, sanctionné par la publicienne, qui lui, admet parfaitement l'aposition d'un terme ou d'une condition résolutoires.

Ce qu'il faut remarquer, d'ailleurs, c'est que la publicienne sera accordée non seulement à celui qui n'a acquis que la propriété *bonitaire*, et à celui qui se trouve *in causa usucapiendi*, mais même au propriétaire *quiritaire*. Ce dernier aura à son service dans certains cas et la *rei vindicatio* et la publicienne, et quand la première viendra à lui faire défaut, il lui restera toujours la ressource de la seconde.

Supposons qu'une personne aie vendu à une autre la chose lui appartenant sous une condition résolutoire, l'acquéreur aura la publicienne car il réalise toutes les conditions pour cela, mais la condition résolutoire venant à se réaliser, la vente se trouve résolue. Il en résulte qu'il n'a pas acheté et qu'il ne remplit pas les conditions nécessaires pour avoir la publicienne : il la perdra donc, et celle-ci fera retour au vendeur sous condition résolutoire, qui, au lieu d'une simple action personnelle, aura une action *in rem* qui lui permettra de revendiquer directement la chose.

Nous ne nions pas que ce système ne soit ingénieux, mais il nous paraît difficilement admissible tout d'abord que le

position d'un terme *ad quem* ou d'une condition *ad quam*, (D., L. 4, pr. *De servitude*, VIII, 1). Il y avait

propriétaire quiritaire qui a déjà la *rei vindicatio* puisse intenter la publicienne. Cette dernière action avait été créée par le préteur pour deux cas spéciaux, celui ou une personne n'ayant que la propriété bonitaire en a été dépossédé, et celui ou une personne *in causa usucapiendi* a perdu la possession de la chose qu'elle usucapait. Le but que se proposait le préteur était de fournir une action à ces deux classes de personnes, qui autrement n'auraient pu agir contre celui qui les avait dépossédées. Tel n'était pas le cas du propriétaire quiritaire, il avait déjà la *rei vindicatio*, il nous semble impossible alors de lui accorder la publicienne.

MM. Schulin et Appleton se prévalent, à l'appui de leur opinion, de différents textes d'Ulpien qui semblent bien admettre qu'à l'époque classique la propriété pouvait être transférée *ad diem* ou sous condition résolutoire, opérant *ipso jure* la résolution du droit de l'acquéreur. Ils invoquent tout d'abord la loi 41, D., *De rei vindicat* (VI, 1, pr. et p. 1), où il est question d'une action *in rem* qui, d'après eux, ne serait que la publicienne, et qui ne serait accordée à l'acquéreur que jusqu'à l'arrivée du terme. Ils argumentent également de la loi 29, *De mortis causa don.*, XXXIX, 6, dans laquelle Ulpien admet avec quelque hésitation qu'après l'arrivée de la condition résolutoire (la survie du donateur à l'événement qui pouvait amener sa mort), le donateur pourra intenter l'*actio in rem*. Pour eux, il s'agirait encore ici de l'action publicienne.

Nous rejettons cette interprétation de la loi 41, *De rei vindicatione*, et de la loi 29, *De mortis causa donationibus* rien ne démontre qu'il s'agit là de l'action publicienne. Nous croyons, au contraire, avec la majorité des auteurs (voir

cependant entre la propriété et les servitudes, cette notable différence, que l'apposition de semblables modalités viciaient la transmission même de la propriété, tandis qu'au contraire si elles étaient adjointes à une constitution de servitudes, on se contentait de les déclarer purement et simplement non écrites. Le résultat auquel on arrivait se trouvait alors absolument contraire à la volonté des parties ; aussi le prêteur intervint et il accorda une exception *pacti conventi* ou *doli mali* au propriétaire du fonds pour repousser l'action confessoire intentée par le propriétaire du fonds dominant postérieurement à l'arrivée du terme ou à

Pellat, *De la propriété*, p. 277 et suiv. ; Savigny, *System.*, § 171, etc.), qu'Ulpien ne s'occupait dans les textes cités que de la *rei vindicatio*. Il y soutenait cette idée à lui personnelle que le *dies ad quem* ou la *conditio ad quam*, opérait *ipso jure* la résolution du droit de l'acquéreur, tandis que l'opinion généralement admise soutenait la doctrine contraire.

Toute une série de textes d'ailleurs viennent donner un démenti à nos adversaires, et démontrer que jusqu'à Justinien on ne put pas transférer la propriété *ad tempus*. C'est tout d'abord le rescrit de Dioclétien et de Maximien que nous avons cité, très formel en notre sens. Ce sont ensuite les lois 12, D., *De præscriptis verbis*, et les constitutions 2 et 3, au Code *De pactis inter emptorem et vendit*, IV, 54 émanées de l'empereur Alexandre Sévère, qui n'accordait à l'aliénateur *ad tempus* qu'une simple action personnelle pour obtenir de son acquéreur l'exécution de son obligation de retransférer la propriété.

l'accomplissement de la condition résolutoires (L. 56, p. 4, *De act. et oblig.*, D., XLV, 4).

Si nous passons maintenant aux obligations, nous voyons qu'elles offraient le même caractère de perpétuité que la propriété et les servitudes. La règle est très nettement posée aux *Institutes* pour le cas spécial d'une rente viagère (Liv. III, tit. XV, § 3. *At si ita stipuleris, decem aureos quoad vivam dare spondes, et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest, sed heres petendo pacti exceptione submovebitur*. Nous trouvons la même règle formulée par Paul dans un texte du Digeste :

Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit finiri. (L. 44, *De oblig. et act.*).

Le texte de Paul offre une première justification de la règle : les obligations ne s'éteignent à Rome que par des modes d'extinction déterminés, or, nulle part nous n'y voyons figurer le temps. Bien plus, la législation romaine était à ce point formaliste qu'à l'origine on avait admis en principe que toute obligation contractée dans des formes solennelles ne pouvait s'éteindre que par la répétition des mêmes formes. On appliquait rigoureusement la règle : *Quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*. Le paiement lui même à l'origine ne suffisait pas pour assurer la libération du débiteur. C'est ce qui résulte d'un passage de Tite-

Live (VI-14) et d'un texte de Pomponius (D., L. 80, *De solution.*, XLVI, 3), qui nous dit que tout contrat doit se dissoudre par le procédé qui le fait naître (1). Sans doute ce que cet état de législation avait de rigoureux s'atténua, une obligation même contractée dans des formes solennelles put s'éteindre par le paiement. Mais ce que nous voulons faire remarquer, c'est que dans une législation aussi étroitement formaliste, le temps par lui-même ne pouvait avoir aucun effet extinctif.

La règle de la perpétuité des obligations, fut appliquée originairement par le droit civil dans toute sa rigueur; on ne pouvait s'engager *ad tempus*. Mais ici, comme en matière de servitudes, le préteur intervint et donna au débiteur une *exceptio pacti conventi*, pour repousser l'action du créancier, intentée après le moment marqué pour l'extinction de l'obligation. D'après Savigny (*System.*, traduction Guénoux, t. V, chap. cxxvii) l'exception *pacti conventi* n'était accordée au débiteur que lorsqu'il y avait eu contrat revêtu de formes solennelles. Ce genre de contrats excluait par leurs formes même toute apposition d'un terme *ad quem* ou d'une condition *ad quam*. « Au contraire la « nullité n'était jamais admise et l'exception devenait « inutile s'il s'agissait de contrats soustraits aux

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 700.

« formes rigoureuses du droit et notamment des con-
« trats consensuels. »

Savigny se base pour justifier son système sur ce fait que la loi 44, *De oblig. et action.*, ne donne pour exemple que des cas où la modalité a été adjointe à une stipulation. Mais si Paul n'a pris des exemples que dans le contrat *verbis*, il ne s'ensuit pas qu'il ne vise que les contrats solennels. Son texte a une portée absolument générale : *Placet obligationem constitui non posse*, etc. Le jurisconsulte allemand continue son argumentation en faisant remarquer qu'il existait jadis une vieille forme du contrat de louage, qui se faisait pour un certain nombre d'années. Mais cet argument n'est pas bien fort, par sa nature même le louage était un contrat temporaire. La société dont Savigny argumente également, n'était de même qu'un contrat fait pour un laps de temps limité. Dans ces deux cas, d'ailleurs, c'est le contrat lui-même qui prend fin à l'époque fixée, mais les obligations qui en sont nées ont bien le caractère absolu de perpétuité : force sera de recourir à l'*exceptio pacti* offert par le prêteur.

L'obligation de l'héritier dans l'hypothèse d'un legs *per damnationem*, était comme toute autre obligation perpétuelle, mais il y a ici une remarque importante à faire. La *stipulatio quoad vivam* était réputée pure et simple par le droit civil, la mort du créancier n'éteignait pas l'obligation du débiteur. Or, il se trouve qu'un legs

fait dans les mêmes conditions aura son plein effet d'après le droit civil lui-même (L. 4, *De annuis legatis* XXXIII, 1). Il n'y a là, en réalité qu'une anomalie apparente, dans la stipulation *quoad vivam*, on peut dire qu'il y a en réalité qu'une seule obligation : force sera donc de lui appliquer le principe : *ad tempus deberi non potest*. Au contraire, si le legs est fait en ces termes : *Heres meus damnas esto Titio dare decem aureos quoad is vivet*, il faut voir autant de legs distincts qu'il y aura d'années écoulées jusqu'au décès du légataire. La première année seule constituera un legs pur et simple : les autres annuités constitueront une série de legs conditionnels dont la *diei cessio* s'appréciera séparément. Il s'ensuivra qu'au moment où le légataire mourra, la condition de sa survie venant à défaillir, le legs prendra fin de lui-même : *Ideo, mortuo legatario, ad heredem legatum non transire*.

Du caractère de perpétuité que présentaient dans le droit romain certains droits réels, les obligations et les legs, il est logique de conclure que les actions qui leur servaient de sanction ne pouvaient s'éteindre *tempore*.

Cependant, dès l'époque classique, la règle de perpétuité des actions comportait un certain nombre d'exceptions qui émanaient tant du droit civil que du préteur.

Dans la première série d'exceptions il faut tout d'abord cité l'obligation du *fidepromissor* ou du *sponsor*,

qui s'éteignait par deux ans d'après une loi *Furia*, que les uns font remonter à l'an 408, les autres à l'an 459 de la fondation de Rome (Gaius, III, § 121). Aux termes de la même loi l'obligation d'un *fidepromissor* ou d'un *sponsor* ne passait pas à leurs héritiers. Remarquons enfin que la loi *Furia* n'était applicable qu'en Italie.

Mentionnons ensuite comme exceptions émanant du droit civil : la *querela inofficiosi testamenti* qui s'éteignait par un laps de cinq ans, courant d'après l'opinion d'Ulpien et de Justinien du jour de l'adition d'hérédité (L. 36, p. 2, C. *De inoffi. test.*, III, § 8) ; l'action accordée par la loi *Julia repetundarum* contre les héritiers du magistrat concessionnaire, qui prenait fin par un an (L. 2, *De leg. Jul. repet.*, D., XLVIII, 11 ; l'action en garantie contre le fisc vendeur qui était périmée par quatre ans d'inaction (L. 3, C. *De quadrag., præscript.*, VII, § 7), etc. Malgré ces exceptions assez nombreuses on peut dire que la plupart des actions civiles étaient perpétuelles.

Qu'en était-il pour les actions émanées du préteur. Justinien dit formellement aux Institutes (liv. IV, tit. XII) : *Eas vero actiones quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium.*

L'empereur a raison de dire que la plupart des actions prétoriennes étaient annales, mais ce que nous ne

pouvons admettre c'est la raison qu'il donne de leur annalité. D'après lui elles auraient ce caractère parce que les pouvoirs du préteur étaient eux-mêmes limités à un an. Ce qui démontre bien la fausseté de cette assertion, c'est qu'il faudrait en conclure que toutes les actions émanées du préteur s'éteindraient par l'écoulement au maximum d'une année continue. Or, il y a non seulement des actions honoraires perpétuelles comme la publicienne, l'*actio furti manifesti*, etc., mais il y en a encore un plus grand nombre qui ne s'éteignent qu'après une année utile, c'est-à-dire composée de jours *judiciales* pendant lesquels ce magistrat pouvait rendre la justice. Telles sont les actions *quantum minoris* et *redhibitoria*, *de dolo malo*, *quod metus causa*, etc.

Nous sommes donc en droit d'écarter le motif proposé par Justinien de l'annalité des actions prétoriennes.

Parmi ces actions, nous l'avons dit, les unes étaient temporaires, limitées au délai d'un an, les autres perpétuelles. Demandons-nous s'il est possible de poser un criterium qui nous permettra de déterminer dans quelle classe doit être rangée telle ou telle action émanée du préteur. Il semble que l'on ne puisse poser de règle générale que pour les actions pénales, en principe elles sont annales (L. 35 pr. *De oblig. et act.*, XLIV, 7).

Mais il faut faire une exception pour l'action *furti manifesti*, qui, quoique prétorienne, était perpétuelle; cette dérogation au principe avait d'ailleurs sa raison

d'être : en effet, le préteur en créant des actions pénales s'était montré plus rigoureux que le droit civil, on comprend donc qu'il en ait limité la durée à un laps de temps très bref. En créant l'*actio furti manifesti*, il adoucissait, au contraire, la rigueur de la répression contre le voleur : il substituait une peine pécuniaire à une peine capitale (Gaius IV, § 3). Si l'action *furti manifesti* avait été soumise comme les autres actions pénales à l'extinction par un an, il s'en serait suivi, que l'année écoulée, le volé aurait pu intenter l'action civile, si bien que le voleur aurait été beaucoup plus puni s'il avait été poursuivi après un long temps que s'il l'avait été immédiatement. On comprend donc fort bien pourquoi le préteur a rendu perpétuelle l'*actio furti manifesti*.

Malheureusement si l'on peut poser en principe que les actions prétoriennes pénales sont annales, il est impossible d'admettre en règle générale que les actions *rei persécutoires* émanées du préteur soient perpétuelles. Il faut faire ici une subdivision : parmi les actions *rei persecutorix*, les unes ont été créées par le préteur à l'imitation du droit civil, elles seront perpétuelles ; les autres, au contraire, ont été créées à l'encontre du droit civil, elles seront annales. Malheureusement un certain nombre d'actions *rei persécutoires* prétoriennes n'ont été créées ni à l'encontre ni à l'imitation du droit civil, et l'on ne peut pas poser en règle absolue que ces actions seront perpétuelles. C'est

ainsi que l'action *de pecunia constituta* est quelquefois annale, et que l'action *de peculio* l'est toujours.

Demandons-nous maintenant, si le délai qui éteignait les actions exceptionnellement temporaires avant Théodose le Jeune, était composé de jours utiles, ou si tout au contraire il était continu.

Suffira-t-il qu'il se soit écoulé trois cent soixante-cinq jours, ou ne devra-t-on tenir compte que des jours pendant lesquels le magistrat a pu rendre la justice, et de ces derniers, retrancher tous ceux pendant lesquels une cause légitime a empêché le demandeur d'agir ? (L. 1, *De div. temp. præscript.*, D. XLIV, 3).

Nous avons déjà cité un certain nombre d'actions qui ne s'éteignaient qu'après l'écoulement d'un délai composé de jours utiles, et entre autres les actions *quantum minoris* et *redhibitoria*, *de dolo malo*, *quod metus causa*, etc. Mais il ne faudrait pas en conclure que toutes les actions temporaires se prescrivaient par un laps de temps composé de jours utiles.

Les majeurs de vingt-cinq ans pouvaient se faire restituer lorsqu'une action leur appartenant s'était trouvée périmée par suite de leur absence *reipublicæ causa*, ou de leur captivité, et réciproquement on pouvait obtenir la *restitutio*, quand par l'absence ou la captivité de son adversaire, on n'avait pas pu agir dans le délai déterminé. Ce qui démontre bien qu'il était des cas où le délai était continu (L. 1, § 1, *Ex quib. causis maj.*, IV, 6).

Nous aurions encore à nous poser deux questions sur les actions exceptionnellement temporaires : 1° S'éteignaient-elles *ipso jure* ; 2° subsistait-il une obligation naturelle après leur extinction ; mais nous renvoyons la solution de ces deux questions au moment où nous étudierons les effets de la prescription extinctive.

La perpétuité des actions, indépendamment du caractère temporaire donné par le droit civil ou le droit prétorien à certaines d'entre elles, n'empêchait pas que dans certains cas une action pût se trouver éteinte. Tout d'abord quoique le droit de propriété fut perpétuel, et que l'action qui en résultait le fut par contre coup, il n'était pas moins certain que l'*usucapio*, d'une part, la *præscriptio longi temporis* de l'autre, accomplies au profit d'un possesseur qui avait réalisé certaines conditions, éteignait le droit d'action du propriétaire. L'usucapion éteignait le droit même de propriété de celui contre qui elle avait eu lieu, mais la *præscriptio longi temporis* avait un effet beaucoup moindre. Créée par le préteur pour suppléer aux lacunes du droit civil, elle ne faisait pas originairement acquérir la propriété au possesseur, elle lui permettait seulement d'opposer au propriétaire revendiquant une exception. Primitivement cette exception se trouvait en tête de la formule, de là lui est venu le nom de *præscriptio* (*præscriptum*, Gaius IV, §§ 132 et 133).

Si le possesseur se trouvait dépossédé de la chose

prescrite, il ne pouvait pas intenter la *rei vindicatio*, puisqu'il était propriétaire.

Nous verrons que la prescription trentenaire créée par Théodose produisait le même résultat à l'égard d'un possesseur de mauvaise foi; il pouvait paralyser par une exception l'action du propriétaire revendiquant, mais il était démuné d'action quand il venait à perdre la possession. Mais il faut bien le remarquer, la *præscriptio longi temporis* a toujours eu ce caractère spécial qui la rapprochait de l'usucapion, qu'elle exigeait à la fois *justa causa et bona fides*, et une possession continue. Enfin, il faut signaler une dernière innovation du préteur : il finit par accorder une *rei vindicatio utilis* à celui qui avait possédé pendant dix ou vingt ans avec juste titre et bonne foi. (L. 2, C., *De præscript. long. temp.*, VII, 33, C. 8, pr. C., *De præscript. xxx vel xl an.*, VII 39.)

A un second point de vue, une action originellement perpétuelle pouvait s'éteindre *tempore*. Supposons qu'une action soit parvenue à ce moment de la procédure qu'on appelle la *litis contestatio*, et que le demandeur soit resté dans l'inaction pendant un certain temps. L'instance est périmée, et comme par l'effet de la *litis contestatio* le droit déduit en justice s'est trouvé éteint, l'action ne pourra plus être intentée (L. 9, § 3, *De jure XII*, 2; L. 8 § 1, *De fid. et nom.* XXVII, 7).

SECTION II

PRESCRIPTIBILITÉ DES ACTIONS

Le principe de la perpétuité des actions resta, malgré les nombreuses exceptions qu'y avaient apportées soit le droit civil soit le préteur, la règle générale jusqu'à Théodose II. C'est à ce prince et non pas, comme l'a soutenu Cujas, à Théodose le Grand, que revient l'honneur d'avoir changé la législation sur ce point important. En l'an 424 il posa très nettement le principe : toutes les actions se prescriront désormais en principe par le laps de trente ans (Code Théodosien, L. 1, *De act. cert. temp. fin.*, IV, 14) : *Sicut in rem actiones, ita ad universitatem, ac personales actiones, ultra triginta annorum spatium minime protendantur.*

Il n'était rien innové par rapport aux actions qui étaient antérieurement temporaires ; elles continuaient à s'éteindre d'après les règles qui leur étaient propres : *Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur quæ perpetua vocabantur, non illæ quæ antiquis temporibus limitabantur (eod. tit.)*

Le nouveau principe de la prescriptibilité des actions par trente ans comportait un certain nombre d'exceptions. C'est ainsi que l'action *finium regundo-*

rum et l'action hypothécaire, tant que le bien hypothéqué restait entre les mains du débiteur, demeuraient imprescriptibles. Pour l'action *finium regundorum*, la dérogation au principe se comprenait fort bien : le droit de demander le bornage ne doit pas être susceptible de s'éteindre par le temps. Au contraire l'imprescriptibilité de l'hypothèque semble une anomalie : pourquoi déclarer qu'elle survivra à l'action personnelle éteinte par trente ans ? Comment expliquer cette survivance ? Il y a là une question intéressante dont nous chercherons la solution quand nous nous occuperons particulièrement de la prescription de l'action hypothécaire.

La constitution de Théodose contenait enfin une disposition transitoire : les actions en cours au moment de sa rédaction, étaient soumises à la nouvelle prescription, mais il fallait qu'un laps de dix ans au moins se fût écoulé depuis la publication de la nouvelle constitution.

Quelques années après la réforme de Théodose, l'empereur Anastase rendit une nouvelle constitution sur la matière (491 ap. J.-C.) (Code Just., C. 4, *De præscript. XXX vel XL an.*, VII, 39). Dans ce texte il semble bien vouloir soumettre à une prescription de quarante ans toutes les actions laissées imprescriptibles par Théodose. Malheureusement on ne peut pas donner une portée aussi générale à la nouvelle constitution. Ce qui paraît probable c'est qu'elle était applicable à

l'action *finium regundorum*, mais pour l'action hypothécaire on ne peut raisonnablement soutenir que c'est elle qui l'a soumise à la prescription de quarante ans. L'empereur Justin déclare en effet formellement (dans la constitution 7, au Code *De præscript. XXX vel XL an.*) que c'est lui qui a soumis l'hypothèque au nouveau délai de prescription de quarante ans.

Anastase a d'ailleurs eu soin de rendre sa constitution vague et incertaine en déclarant que l'on avait faussement appliqué le principe par lui posé à deux actions qui devaient rester imprescriptibles : l'action d'une ville contre une personne qui voulait se soustraire aux obligations de la dignité de curiale (C. 5, *eod tit.*) et celle du fisc contre les contribuables pour le recouvrement des impôts (C. 6, *eod tit.*).

Justinien consacra définitivement l'innovation de Théodose en insérant sa constitution au Code (C. 3, *De præscript. XXX vel XL ann.*), mais il se sépara de son prédécesseur sur un premier point, l'action *finium regundorum* fut désormais prescriptible comme toute autre action par le laps de trente ans (C. c. 12, *De annali except.*, VII, 40, C. 6, III, 39). L'empereur déclarait ensuite que c'était faussement que l'on avait déclaré imprescriptibles les actions *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*, *pro socio*, *furti manifesti*, *vi bonorum raptorum*. Mais il faut bien entendre dans quel sens il déclarait prescriptibles les trois premières de ces actions. Le droit de demander le partage ou la dissolution de

la société demeurait aussi imprescriptible qu'auparavant. Mais si par hasard un des communistes avait été mis en possession du bien ou d'un des biens de l'hérédité, si un de ces communistes ou des associés était devenu créancier ou débiteur des autres, ce qui s'éteignait par prescription c'était, dans le premier cas, l'action en revendication contre le détenteur, dans le second, l'action personnelle donnée aux communistes ou aux associés pour agir les uns contre les autres, quand pour un fait de gestion ou pour toute autre raison, un d'entre eux était devenu créancier ou débiteur des autres.

Le principe de l'extinction des actions par la prescription de trente ans comportait toute une série d'exceptions sous Justinien. D'une part il y avait des actions qui ne s'éteignaient par aucun laps de temps ; d'autre part, il y en avait qui étaient soumises à un autre délai pour leur extinction *tempore*.

Dans la première classe, indépendamment de l'action en partage dont nous avons parlé plus haut, il faut placer les deux actions déclarées imprescriptibles par Anastase, celle du fisc pour le recouvrement des impôts, et celle d'une ville contre les personnes qui voulaient se soustraire aux charges de la dignité de curiale. Il faut y comprendre également la *vindicatio in libertatem* (C. c. 3, *De long. temp. prescript. quæ in libert.*, VII, 22) et l'action en revendication d'un colon par le propriétaire du sol (C. c. 23, pr. *De agric.*, XI,

47). Remarquons enfin qu'une constitution de Justin avait déclaré imprescriptibles les actions en recouvrement de la chose contre le preneur, l'emphythéote et le mandataire.

Faisaient partie de la seconde classe : 1° l'action hypothécaire quand elle était intentée contre le débiteur resté en possession de la chose. Elle ne se prescrivait, aux termes de la constitution de Justin, plus haut citée, que par quarante ans.

2° La même action intentée par un créancier hypothécaire antérieur pour faire déchoir un créancier hypothécaire postérieur en possession de la chose hypothéquée. L'empereur Justin (C. 7, § 2, *eod. tit.*) avait décidé que l'action du créancier antérieur ne serait prescrite que par quarante ans, si le débiteur était vivant ; le créancier postérieur possédait alors pour ainsi dire au nom du débiteur. Si, au contraire, le débiteur était mort, la prescription n'était plus que de trente ans.

3° Les actions appartenant aux églises et autres *loci venerabiles* : elles se prescrivaient dans le dernier état du droit par quarante ans (C. c. 23, I, 2, et Nov. CXI). Cette prescription quadragénaire n'était établie originellement que pour les actions jadis perpétuelles, soumises à la prescription de trente ans par Théodose. Mais la Nouvelle CXXXI soumit au même délai extinctif les actions revendicatoires qui s'éteignaient d'après le droit commun par la prescription de dix ou de vingt ans accomplie au profit d'une autre personne.

On a prétendu que les municipalités pouvaient se prévaloir de la même disposition de faveur que les Eglises et autres institutions pieuses. Voilà ce qui a amené cette fausse manière de voir. La constitution 23 au Code I, 3, soumettait à une prescription de cent ans les actions appartenant aux Eglises, etc., et *aux municipalités*.

Cette très longue prescription donnant des résultats peu favorables, l'empereur crut devoir abroger la constitution 23 ; par rapport aux Eglises et autres établissements pieux, il remplaça la prescription de cent ans par une prescription de quarante ans. L'on a cru alors que l'on devait soumettre à cette dernière prescription les actions des municipalités : tandis que tout au contraire, la constitution 23 se trouvant abrogée, ces actions retombaient sous l'empire du droit commun et devenaient prescriptibles par trente ans.

Remarquons d'ailleurs que la prescription exceptionnelle de quarante ans n'était applicable qu'aux actions des Eglises qui, d'après le droit commun, auraient été soumises aux prescriptions de dix, vingt ou trente ans. Les autres actions restaient soumises au droit commun. C'est ainsi que l'action pour vices cachés de la chose acquise par une Eglise restait soumise à la prescription de six mois ou d'un an.

4° Certaines actions du fisc soumises à un régime spécial au point de vue de leur extinction *tempore*. On a soutenu qu'en règle générale les actions du fisc pu-

blic ou privé se prescrivaient par quarante ans. Il y a là une erreur. Pour les actions appartenant au fisc privé, c'est-à-dire considéré comme propriétaire ou créancier au même titre que toute autre personne, elles s'éteignaient, conformément au droit commun, par le laps de trente ans. Une constitution d'Anastase semble bien, il est vrai, admettre la prescription de quarante ans dans une hypothèse déterminée, la revendication des immeubles patrimoniaux (C. c. 14, *De fund. patrim.*, XI, 61). Mais il n'y a pas là application d'une règle générale. Ce qui le démontre c'est un texte (C. 6, C., *De fund. rei privatæ*) qui dit formellement que lorsque des colons sont suivis au nom de la *res privata*, l'action se prescrira par trente ans. Ce texte a une grande force quand on le rapproche de la loi 6, § 1, au Digeste, IX, 14, où il est dit que les *res privatæ* jouissent de tous les privilèges du fisc.

Pour les actions appartenant au fisc public, elles se prescrivaient par vingt ans (L. 13, pr., D., *De div. temp. præscript.*, XLIV, 3 ; L. 2, § 1, L. 3, L. 4, D., *De req.*, XLVIII, 7 ; L. 1, § 3, D., *De jure fisci*, XLIX, 14). Il faut faire deux exceptions cependant : le droit de succession du fisc, quand il n'y a pas d'héritier, se prescrit par quatre ans (C. 1, C., *Quod de quadr. præscript.*, VII, 37), et l'action en recouvrement des impôts est, comme nous l'avons vu, imprescriptible.

5° L'action en répétition des sommes payées par le joueur, accordée tant à lui, à ses héritiers, qu'aux

defensores civitatis et au fisc à son défaut. La prescription n'était alors encourue que par cinquante ans. Il est même à remarquer que par haine du jeu, Justinien avait déclaré originairement l'action en répétition absolument imprescriptible (Const. 1 et 3, *De aleat.*, C. III, 43).

Il y avait enfin une dernière exception au principe. La constitution de Théodose avait décidé que du jour où il y aurait *litis contestatio*, commencerait un nouveau délai de prescription de trente ans (C. 1, § 1. C. Th., *De act. cert. temp.*, IV, 14). La *litis contestatio* avait donc pour effet d'interrompre la prescription et de faire courir un nouveau délai. Mais Justinien ne trouva pas l'innovation suffisante : à cette époque la péremption d'instance, encourue au bout de trois ans n'éteignait que l'instance, le droit lui-même restait intact. (L. 13, § 1. C. *De judic.* III, 1). Il y avait là une différence notable avec le droit classique : nous avons vu que par l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le droit d'agir lui-même était perdu. Justinien ne se contenta pas alors de laisser survivre le droit d'agir, il lui accorda désormais pour s'exercer un délai de quarante ans à partir du dernier acte de procédure (C. c., 1, § 1, *in fine.* C. VII, 40). Si bien que le fait pour une personne d'avoir laissé l'instance se périmer, lui assurait un délai pour agir, plus long que celui qu'elle avait eu originairement.

Justinien justifiait ainsi sa singulière innovation.

Celui qui avait au moins intenté son action s'était montré vigilant jusqu'à un certain point, il avait pu d'ailleurs être empêché d'agir par une cause indépendante de sa volonté : il était donc juste de le protéger plus que celui qui n'avait pas agi du tout (L. 9, *De prescript.*, 30).

Il faut se garder d'ailleurs de restreindre l'effet de la constitution de Justinien aux simples actions personnelles ou, comme l'avait soutenu Cujas, aux seules actions originaires perpétuelles. La loi 1, § 1, *De annali exceptione* est conçue dans un sens trop général pour qu'on puisse admettre ces interprétations restrictives.

CHAPITRE II

CONDITIONS REQUISES POUR LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

Trois conditions sont nécessaires pour que l'on puisse se prévaloir de la prescription extinctive :

- 1° Que l'action ait pris naissance (*actio nata*);
- 2° Qu'un certain laps de temps se soit écoulé;
- 3° Que ce laps de temps se soit écoulé avec continuité.

§ 1. *Actio nata.*

La première condition d'une prescription possible, c'est que l'action ait pris naissance ; tant que le droit d'agir n'existe pas, on ne saurait négliger de l'exercer ni par conséquent le perdre par sa négligence. Pour pouvoir agir il faut en premier lieu posséder un droit *sérieux, actuel et susceptible d'être réclamé en justice* ; il faut, en second lieu que ce droit ait été violé. La violation du droit fera naître l'action et servira également à en déterminer le point de départ. Tout se réduit donc

sur notre première condition *actio nata*, à déterminer exactement le moment où l'on pourra dire qu'il y a eu violation du droit.

Il nous faut tout d'abord écarter une opinion accréditée chez un certain nombre de jurisconsultes, parmi lesquels il faut citer Unterholzner (*Verjaehr.*, III, p. 329), et Kind (*Quæst. forenses*, vol. III, c. 35.).

Ils soutiennent qu'il est des cas où l'action commencera à se prescrire avant même qu'elle soit née. Cela arrivera toutes les fois qu'il dépendra du titulaire du droit de faire naître l'action : *toties præscribitur actioni nundum natæ quoties nativitas est in possessione creditoris*. Unterholzner et Kind font l'application de cette idée dans l'hypothèse suivante : un contrat de bonne foi est laissé inexécuté par les deux contractants, les deux actions se prescriront immédiatement quoique l'exception *non impleti contractus* fasse absolument obstacle à leur naissance.

Nous n'hésitons pas à rejeter la manière de voir des deux jurisconsultes allemands : il est admis par tout le monde, et même par nos adversaires, que l'action du titulaire d'un droit conditionnel, ne commencera à se prescrire qu'après l'arrivée de la condition.

Or, il est nombre de conditions qui dépendent uniquement de la volonté du titulaire du droit, va-t-on dire qu'elles commenceront à se prescrire dès le jour même de la convention. Si l'on répond affirmativement que va-t-on faire de ces deux textes, la *Const.* 7,

C., *De præscript.* XXX vel. XL *an.*, VII, 39 et la loi 30, *De jur. dot.*, V. 12) qui déclarent formellement que l'action dotale commence seulement à la dissolution du mariage, et cependant il dépendait de la femme de faire prononcer le divorce, si la conduite du mari le motivait suffisamment. Cela est encore plus vrai dans l'ancien droit où la femme pouvait sans motifs provoquer le divorce.

L'opinion d'Unterholzner et de Kind écartée demandons-nous à quel moment on pourra dire qu'un droit ait été violé.

Au point de vue tout spécial des actions *in rem* telles que la *revindicatio*, la publicienne, l'*actio vectigalis*, etc., qui supposent une poursuite intentée contre un individu en possession de la chose, la question sera facile à résoudre. L'action prendra naissance et commencera par suite à se prescrire du jour même où aura commencé la possession. Il est à remarquer qu'il ne sera nullement nécessaire que sommation ait été faite au possesseur de restituer la chose. Savigny l'a fort bien dit dans son *Système*, traduction Guénoux (t. V, p. 301): « Si l'on subordonne le commencement de la prescription au fait de la violation que l'action est appelé à combattre, le commencement a une nature purement *objective*, et peu importe que le titulaire du droit en ait ou non connaissance. »

Pour les actions personnelles malheureusement les solutions sont beaucoup plus difficiles à donner. On

peut poser en principe que la prescription commence à courir du jour même où l'obligation est restée inexécutée sans le consentement du créancier. Il nous faut faire ici la même remarque que nous avons faite à propos des actions réelles, il ne sera nullement nécessaire que sommation ait été faite par le créancier à son débiteur ; il suffit pour que la prescription se mette à courir que l'obligation soit restée inexécutée sans que l'inexécution ait été consentie par le titulaire du droit.

L'application de notre règle générale ne soulève aucune difficulté pour les actions résultant de délits ou de quasi-contrats. C'est ainsi que pour les premières, la prescription courra du moment même de la perpétration du délit, tandis que pour les actions *tutelæ* et la *condictio indebiti*, elles commenceront à se prescrire du jour de la fin de la tutelle ou du payement de l'indû.

On admet encore sans contestation que pour la plupart des contrats, l'action commencera à se prescrire du jour même où la convention est intervenue entre les parties. Le créancier peut poursuivre dès ce moment-là, s'il ne le fait pas, il y a négligence de sa part, par conséquent rien n'est plus juste que la mise en cours de la prescription.

Mais où l'on ne commence plus à s'entendre c'est pour les contrats synallagmatiques laissés inexécutés par l'un et l'autre des contractants.

D'après Thibault (Pandekten, 1020) aucune des

deux actions ne pourraient se prescrire, parce que l'exception *non impleti contractus* fait obstacle à la naissance de l'action. Unterholzner a cru pouvoir passer outre à cette objection, en décidant, comme nous l'avons vu, qu'une action pouvait commencer à se prescrire même avant sa naissance. Nous avons déclaré cette manière de voir injustifiable, mais il ne s'ensuit pas que nous admettions la doctrine de Thibault. Les deux actions commenceront à se prescrire du jour même où le contrat synallagmatique est intervenu, une exception ne saurait empêcher de naître le droit d'action. Outre qu'il est toujours possible qu'elle ne soit pas admise par le juge, l'*exceptio impleti contractus* dont nous nous occupons spécialement, n'est que dilatoire, et ne peut jamais faire prononcer la libération, de telle sorte que l'action aura toujours un effet, interrompre la prescription (voir dans notre sens Vangerow, *Lehr. den Pand.*, t. I, p. 170 et Kierulff, *Theorie*, p. 193-197).

Une seconde controverse plus sérieuse que la précédente s'est élevée à propos du point de départ à donner à la prescription quand le rapport de droit crée un état de choses permanent dont la fin dépend de la volonté du créancier. On se demande alors si le délai extinctif commencera à courir du jour même du contrat, ou seulement du jour où il y aura eu une réclamation de la part du créancier. La question s'est élevée notamment pour le prêt sans intérêts, le dépôt, le commodat, le précaire pour le droit de retirer le gage

(*actio pignoratitia directa*) et pour celui d'exercer le réméré.

Occupons nous tout d'abord des quatre premiers rapports de droit. Dans un premier système soutenu par Savigny (traduction Guénoux, tom. V, p. 313), la prescription ne commencerait à courir que du jour où le créancier se serait décidé à réclamer la restitution de sa chose. Il fait valoir à l'appui de sa thèse que la prescription extinctive est basée sur la négligence du créancier qui n'exerce pas son action. Or, dans nos différentes hypothèses, si le créancier n'agit pas, ce n'est pas par négligence, mais par ce que forcément le prêt sans intérêts, le commodat, le dépôt et le précaire ont été faits pour un certain temps. Il est fort difficile en conséquence de voir une violation du droit du créancier là où on peut dire que le débiteur est resté dans les termes de la convention.

Pour nous, nous ne saurions admettre le système de Savigny, il est sans doute parfaitement justifiable en théorie, malheureusement il est des textes qui lui sont formellement contraires. Tout d'abord la loi 94, § 1, *De solutionibus* (XLVI, 3) dit nettement à propos du prêt sans intérêt : *Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio*. Il y a là, semble-t-il, une décision qui ne peut prêter à aucune équivoque. Si je prête les deniers communs aussitôt l'action naîtra. Savigny a cependant essayé de concilier ce texte avec sa théorie, d'après

lui, il ne saurait s'entendre qu'en se référant au *principium* de la loi 94. Que suppose ce *principium* ? qu'un paiement ou qu'un prêt a été fait avec l'argent d'autrui, et il décide que ces actes juridiques seront nuls en principe, mais qu'ils deviendront valables si l'argent reçu a été *consommé*, car la consommation détruit la propriété. A cette règle le texte cité, apporte une restriction naturelle pour le cas où celui qui a donné l'argent était propriétaire d'une partie de la somme ; pour cette partie le prêt où le paiement seront *immédiatement* valables.

Il faut avouer que l'explication est ingénieuse, le mot *confestim* ne serait là que pour faire contraste avec le *principium* de la loi 94 ; il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu consommation, aussitôt le paiement ou le prêt seront valables pour partie. Malheureusement le texte va beaucoup plus loin que cela : il ne dit pas seulement que le prêt sera valable, il dit ; immédiatement l'action naîtra. C'est justement ce qui va à l'encontre de la théorie du jurisconsulte allemand.

Un second texte n'est pas moins explicite en notre sens. C'est la loi 1, § 22, *Depositi*, XVI, 3, elle s'occupe de l'hypothèse d'un dépôt et elle dit : *Est scriptum eum qui rem deposuit, statim posse depositi agere.*

Savigny a bien essayé d'expliquer ce texte, mais il n'y est pas parvenu. D'après lui, la suite du texte infirmerait ce que cette proposition a d'absolu : *Hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit quod reposcenti rem non*

reddat. L'action *depositi* étant, en principe basé sur le dol du dépositaire on aurait pu supposer que l'on ne pourrait agir en restitution que lorsque ce dépositaire aurait détourné ou aliéné la chose. Le texte a eu alors soin de dire que par le seul fait qu'il refuse de restituer, le dépositaire commet un dol, que le déposant pourra donc agir dès ce moment, et non pas seulement du jour où il y aura eu des manœuvres *dolosives*. La subtilité de cette explication doit la faire écarter ; la loi 1, § 2, *Depositum vel contra*, a un sens fort simple : l'action naîtra immédiatement, c'est-à-dire dès le jour du contrat.

Pour les actions résultant d'un prêt sans intérêt, d'un commodat, d'un dépôt ou d'un précaire, nous déciderons donc qu'elles commenceront à se prescrire dès le jour même de la convention intervenue entre les parties.

Qu'allons-nous décider maintenant pour l'*actio pignoratitia directa* ; à partir de quel moment pourra-t-on dire que la prescription s'est mise à courir.

Si un débiteur a constitué un gage au profit de son créancier, il ne pourra pas agir en restitution de la chose tant que la dette n'aura pas été acquittée. Ce ne sera donc que du jour du paiement que courra la prescription de l'action du débiteur qui a constitué un gage. Ce n'est que dans l'opinion d'Unterholzner que l'on pourrait donner une solution contraire ; le débiteur pouvant acquitter la dette quand il le voudra, la pres-

cription devrait commencer à courir du jour même de la constitution du gage.

Pour l'action en réméré, la question se posait en droit romain de savoir à quel moment elle serait prescrite, car on n'avait pas eu soin, comme dans notre droit actuel, de limiter le droit d'exercer le rachat à un délai déterminé (cinq ans). Il est certain alors que le vendeur pouvant exercer l'*actio venditi* immédiatement, la prescription courait dès le jour même de la vente.

Il nous reste maintenant à nous occuper d'une dernière classe d'obligations, celles qui imposent des prestations périodiques. A quel moment, pourra-t-on dire que l'action est née et a commencé à se prescrire. Il convient tout d'abord de faire cette distinction; ou la prestation périodique est l'accessoire d'une dette principale, où elle est l'objet unique de l'obligation.

Supposons tout d'abord que la prestation périodique soit l'accessoire d'une obligation principale. Une double question va se poser : quand commencera la prescription de l'action principale? quand commencera celle de l'obligation accessoire?

Prenons tout d'abord le prêt à intérêts. L'action principale ne commencera à se prescrire que du jour seulement où les intérêts cesseront d'être payés. Chaque paiement d'intérêts en effet est une reconnaissance de la dette, et par conséquent interrompt la prescription extinctive de l'action en recouvrement

(L. 8 § 4, C. *De præscript.*, XXX vel XL an.) : *Exceptionem etiam vel XXX vel XL annorum in illis contractibus in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium cæpere sancimus ex quo debitor usuras minime persolvit.*

Si nous passons maintenant aux prestations périodiques, il nous faut tout d'abord décider que, l'action principale éteinte par prescription, les prestations périodiques cesseront par contre-coup d'être dues. Si, au contraire, la dette principale est à l'abri de la prescription, chaque prestation périodique pourra s'éteindre particulièrement à partir de l'échéance de chaque terme (L. 26, *De usuris*, IV, 32; Cujas, *Paratit in Cod.*, VII, 39).

La même règle sera applicable aux prestations périodiques objet principal de la dette. Chaque prestation se prescrira successivement à partir de l'échéance de chacune d'elles (L. 7, § 6, C. *De præscript.*, XXX vel XL an.; VII, 39).

§ 2. *Laps de temps.*

Une seconde condition sera nécessaire pour que la prescription extinctive s'accomplisse : l'écoulement d'un laps de temps déterminé. L'action est née au profit du créancier par suite de la violation de son droit;

s'il reste un certain temps dans l'inaction, il perdra son droit d'agir.

Le laps de temps normal pour qu'il y ait prescription accomplie était, comme nous l'avons vu, de trente ans, depuis Théodose II. Mais la règle générale comportait un grand nombre d'exceptions que nous avons énumérées en détail dans le chapitre précédent. C'est ainsi que les actions anciennement temporaires continuaient à s'éteindre d'après leurs règles spéciales, et qu'un certain nombre d'actions autrefois perpétuelles se prescrivaient par un délai plus long que trente ans.

Le délai de prescription était-il continu ou composé de jours utiles (*dies juridici*)? Nous avons décidé que l'on ne pouvait pas donner une solution générale pour les actions qui étaient déjà temporaires avant la réforme de Théodose. Les unes s'éteignaient par un laps de temps continu, les autres par un laps composé de jours utiles. Tout au contraire, pour les actions jadis perpétuelles soumises par Théodose à la prescription de trente ans, le délai était toujours continu. A l'expiration des trente ans, l'action était définitivement éteinte (LL. 3-4, *De præscript. trig. vel quadr. an.* VII, 39).

Comment se calculait le délai extinctif? Fallait-il appliquer à la prescription extinctive la computation civile de *die ad diem* ou la computation naturelle de *momento ad momentum*. La computation civile offrait ce léger avantage de prolonger un peu le délai donné

au créancier pour agir : en effet, si l'on comptait le délai de *momento ad momentum*, la prescription aurait été accomplie le dernier jour à l'heure même où le délai a commencé à courir. Au contraire, par le fait de la computation civile, comme on compte le délai de *die ad diem*, le créancier pourra agir en plus pendant toute la fraction du jour qui s'écoulera depuis le moment mathématique où la prescription aurait dû naturellement se trouver accomplie. Qu'allons-nous décider? Il ne faut pas hésiter à admettre la computation civile de *die ad diem*. Un texte est formel en ce sens (L. 6, *De oblig. et act.* D., XLIV, 7; Paul, VII, *ad Sabinum*) : *In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus dies totus impleatur, non finit obligationem*. La prescription ne sera donc accomplie que lorsque le dernier jour du délai se trouvera entièrement écoulé (Savigny, *System.* trad. Guénoux, t. IV, chap. CLXXXV, p. 386).

L'*accessio temporis* était-elle possible en matière de prescription extinctive? Le laps de temps n'opère-t-il l'extinction de l'action qu'à la condition que pendant toute sa durée les sujets actif ou passif du droit soient restés en présence? Ou bien ce laps de temps pourra-t-il être invoqué pour ou contre les héritiers, et ayants-cause à titre particulier, des personnes originairement en cause? Il ne faut pas hésiter à se prononcer dans ce dernier sens. Les exceptions en règle générale se transmettent des deux côtés aux héritiers et ayants-

cause à titre particulier. Ce n'est que dans le cas spécial où l'exception repose sur un rapport purement individuel que ce résultat ne peut se produire. Or, rien ne permet de dire que l'*exceptio temporalis* repose sur un rapport individuel; nous serons donc en droit de décider que l'*accessio temporis* est possible en matière de prescription extinctive.

On a cependant contesté le bien fondé de la solution que nous venons de donner. Deux auteurs, Reinhardt (*usucap. et præscript.*) et Kierulff, p. 200, se sont basés sur la C. 8, C. *De præscript. XXX vel XL. an.*, VII, 39, pour soutenir que l'*accessio temporis* ne pouvait être admise pour la prescription extinctive. Ce texte suppose qu'un possesseur de mauvaise foi, après trente années accomplies, est venu à perdre la possession de la chose, et qu'une autre personne s'en est emparée. Le propriétaire pourra immédiatement intenter la *rei vindicatio*, et le second possesseur ne pourra pas lui opposer la *temporalis exceptio*. D'où l'on conclut que l'*accessio temporis* n'est pas possible.

Mais, au fond, le texte ne va nullement à l'encontre de notre solution, car il suppose expressément que le second possesseur s'est mis en possession, soit par violence, soit en s'emparant d'une chose actuellement sans possesseur. Dans ces deux cas, il est évident que l'*accessio temporis* ne pouvait pas être invoquée, puisqu'elle ne peut exister qu'au profit d'un successeur à

titre universel ou particulier de celui qui a commencé à prescrire.

L'empereur Justin dit d'ailleurs formellement, au sujet de la prescription de l'action hypothécaire par quarante ans, que le débiteur est identifié avec son héritier (L. 7, § 1, *C. eod. tit.*).

§ 3. *Continuité.*

Pour que la prescription soit accomplie, il ne suffit pas qu'il y ait eu *actio nata*, ni que le laps de temps déterminé se soit écoulé, il faut en outre que pendant toute la durée de ce laps de temps la prescription n'ait été ni interrompue ni suspendue. L'étude de cette troisième condition se réduit donc à chercher quelles étaient les règles de l'interruption et de la suspension de la prescription extinctive en droit romain. Nous faisons tout de suite remarquer qu'il y aura cette importante différence entre la suspension et l'interruption, que cette dernière fera courir une nouvelle prescription, tandis que la suspension n'empêchera pas le délai antérieurement couru de venir s'ajouter à celui qui s'écoulera après que la cause de la suspension aura disparu, et d'assurer ainsi la libération du débiteur ou l'extinction de l'action réelle.

A. *Interruption de la prescription extinctive.* — Une

prescription peut être interrompue, soit naturellement, soit civilement; naturellement, quand l'interruption résulte d'un fait matériel; civilement, quand elle résulte soit d'une reconnaissance du débiteur, soit de la mise en exercice de l'action.

1° Pour l'interruption naturelle, elle se conçoit fort bien pour la prescription des actions réelles. Ainsi, supposons une *rei vindicatio* en train de se prescrire, s'il arrive que le propriétaire rentre en possession, ou tout simplement qu'un tiers appréhende la chose avec ou sans violence, immédiatement la prescription se trouve interrompue. Si celui qui était en train de prescrire recouvre la possession, ce sera une prescription toute nouvelle qui commencera à courir, et il faudra que trente années se soient écoulées depuis le jour de la rentrée en possession.

Il est au contraire beaucoup plus difficile de trouver un cas, où la prescription d'une action personnelle sera interrompue naturellement. D'après Savigny (*System.*, trad. Guénoux, chap. CCXLII, t. V, p. 334), ce résultat pourrait se produire dans l'hypothèse suivante : Un débiteur a promis un gage à son créancier, ce dernier se met en possession de la chose gagée à l'insu du débiteur; la prescription de l'action sera alors interrompue. « On peut considérer cette possession comme la « jouissance de la créance elle-même, c'est-à-dire de « sa valeur vénale, à cause du droit attribué au créancier de faire vendre le gage et de se payer sur le

prix. » Il va d'ailleurs de soi que si le créancier s'était mis en possession du gage du consentement et au su du débiteur, la prescription serait également interrompue, mais civilement, car il y aurait alors reconnaissance de la dette.

2° *Interruption civile.* — Elle peut se produire de deux façons différentes : par la reconnaissance expresse ou tacite de la dette par le débiteur ; par la mise en exercice de l'action par le créancier.

Pour la reconnaissance de la dette, elle résultera notamment de la constitution d'un nouveau titre (L. 17, § 5, *De præsript.*, XXX *vel* XIV *an.*, VII, 39), d'un paiement d'intérêts (L. 8, § 4, *eod. tit.*, L. 9, C. *De fide instr.*, IV, 21), du paiement partiel de la dette principale fait expressément à titre d'acompte (L. 5, *De duobus reis*, VIII, 40), de la dation d'un gage non convenu, d'une caution, enfin de l'engagement renouvelé de payer une dette antérieure (*constitutum*), et de l'obtention d'un délai.

La mise en exercice de l'action par le créancier interrompra la prescription, mais à quel moment précis aura lieu cette interruption. A l'époque du droit classique, on ne saurait faire de doute, c'était la *litis contestatio* qui produisait l'interruption, parce qu'elle amenait pour la première fois l'action *in litem* (L. 8, *in fine*, *De præ. et nom.*, XXVII, 7 ; L. 9, § 3, *De jur.*, XII, 2).

De ce fait que la *litis contestatio* seule interrompait

la prescription, il résultait que le demandeur était exposé à perdre son droit d'action : le défendeur pouvait empêcher la *litis contestatio* de se produire. Le demandeur n'avait plus alors qu'une ressource, l'action *de dolo*.

Il semble résulter d'un texte d'Ulpien (L. 7, *De inof. test.*, V, 2), qu'à un moment donné, la *litis denuntiatio* ou notification adressée par le demandeur au débiteur, eut pour effet d'interrompre la prescription. Si l'on admet que tel était bien le sens du texte d'Ulpien, on est alors forcé de dire que la *litis denuntiatio* n'eut cet effet important qu'à partir de Marc-Aurèle, car ce fut ce prince qui lui donna force obligatoire à l'égard du défendeur.

Quoiqu'il en soit, Théodose dans sa constitution rendue en 424 après J.-C., admet comme mode général d'interruption de la prescription, la *conventio*, c'est-à-dire la signification faite par le magistrat au défendeur de la requête à lui adressée par le demandeur pour introduire l'instance. Justinien consacra l'innovation de Théodose en lui donnant des effets plus complets : désormais la *conventio* interrompra la prescription même à l'égard d'un droit qui n'était pas expressément visé dans la requête. C'est ainsi que la *conventio* relative à l'action personnelle interrompra la prescription à l'égard de l'action hypothécaire (L. 7, pr. C. *De præscript.*, XXX *vel* XL an., VII, 39).

Dans certains cas, le demandeur peut se trouver fort

embarrassé, soit parce que le défendeur est absent, soit parce qu'il est impubère, frappé d'aliénation mentale et non pourvu d'un représentant légal. Comment pouvait-on alors interrompre la prescription? Le demandeur devait d'abord s'adresser au *præses* de la province et lui envoyer le *libellum*; il pouvait ensuite aller trouver ou l'évêque ou le *defensor civitatis*; enfin il pouvait faire une publication dans le lieu du domicile du défendeur, en présence et avec la signature d'un notaire, ou à défaut de notaire, de trois témoins (L. 2, *De an. except.*, VII, 40).

Remarquons enfin que la citation en justice devant un juge incompétent n'interrompt pas la prescription (L. 7, C., VII, 21). Dans notre droit, on admet, tout au contraire, qu'une pareille assignation aura un effet interruptif.

Quels sont maintenant les effets de l'interruption naturelle et de l'interruption civile?

L'interruption naturelle aura des effets beaucoup plus considérables que l'interruption civile. La première, en effet, résulte d'un fait matériel, tandis que la seconde résulte soit d'un acte judiciaire, la citation en justice, soit d'un acte émané du débiteur, la reconnaissance expresse ou tacite de la dette. Or, tandis que le fait matériel, par la force même des choses, doit avoir son effet à l'égard de toute personne, l'acte judiciaire et la reconnaissance ne peuvent en avoir un que tout relatif. En principe l'interruption civile

n'opèrera qu'au profit de celui qui l'a provoquée. C'est l'application pure et simple de la règle *res inter alios acta*.

Mais la règle comportera quelques exceptions. En cas de corréalité active ou passive, la prescription interrompue par un des *correi stipulandi* ou à l'encontre d'un des *correi promittendi* le sera à l'égard de tous les autres (L. 5, C., *De duob. reis*, VII, 40). Nous nous refuserions d'ailleurs à étendre cette exception aux créanciers ou aux débiteurs simplement conjoints, ou aux coobligés *in solidum*. L'exception à la règle pour les *correi stipulandi* ou *promittendi* a sa raison d'être dans ce fait qu'il n'y a alors qu'une seule dette ou une seule créance. Tandis qu'en cas de créances conjointes, ou d'obligations conjointes ou *in solidum*, il y a bien alors plusieurs créances et plusieurs dettes.

Nous déciderons, au contraire, qu'en cas d'indivisibilité, la règle générale ne devra pas être appliquée. L'interruption par un des créanciers d'une chose indivisible profitera aux autres, tandis que réciproquement le fait pour le créancier d'avoir interrompu la prescription à l'égard d'un des débiteurs de la chose indivisible aura effet à l'encontre des autres débiteurs. Sans doute aucun texte ne vient confirmer notre dire, mais comme les choses qui font l'objet d'obligations indivisibles ne peuvent être prestées partiellement, il faut en conclure qu'elles ne pourront pas se prescrire partiellement. Par conséquent l'interruption civile de la prescription

opérée au profit d'un des créanciers ou à l'encontre d'un des débiteurs aura effet à l'égard de tous les autres.

Mais nous reviendrons au principe : *Interruptio non fit de persona ad personam*, pour le cas où une dette aurait été cautionnée.

La loi 5, *De duobus reis*, vient apporter une dérogation au principe : l'interruption de la prescription au profit d'une personne ou contre elle aura effet pour ou contre une autre, pour le cas de corréalité, mais on ne peut pas étendre la solution au cas de cautionnement. Dans ce dernier cas il y a deux dettes distinctes, l'interruption de la prescription à l'égard de l'une ne peut pas avoir d'effet par rapport à l'autre.

B. *Suspension de la prescription*. — Nous avons déjà dit que la suspension produisait un tout autre effet que l'interruption, elle arrête tout simplement le cours de la prescription, et la cause de la suspension venant à cesser, la prescription sera acquise le jour où un laps de temps complémentaire de celui qui s'était écoulé antérieurement à la suspension se sera accompli. Il faut nous demander maintenant dans quels cas le législateur romain intervenait pour suspendre le cours de la prescription. On a l'habitude de formuler comme règle générale : *contra non valentem agere non currit præscriptio*; mais cette formule manque de précision et pourrait être mal entendue, il est donc préférable d'énumérer purement et simple-

ment les différents cas où la prescription était suspendue.

La prescription, tout d'abord, ne courait pas à l'encontre de certaines personnes ; elle était suspendue à l'égard des impubères, qu'ils fussent ou non pourvus de tuteur (L. 1, § 2, Code Théodosien, *De act. cert. temp. fin.*, IV, 14, et L. 3, Code, *De præscript.*, XXX, *vel. XL an.*, VII, 39 ; L. 7, pr. et § 1, Code, *eod. tit.* ; Nov. 22, C., 24) ; elle était également suspendue en faveur des mineurs de vingt-cinq ans, mais seulement pour les actions leur appartenant qui se prescrivaient par un laps de temps moindre de trente ans (L. 3, C., *Quibus non obijcitur long. temp. præscriptio*, VII, 35 ; L. 5, C., *In quibus causis in int. restitutio necessaria non est*, II, 41).

La prescription était suspendue ensuite à raison de la nature même de l'objet auquel l'action se rapportait ; ainsi elle cessait de courir au profit de la femme mariée pendant le cours du mariage pour ses biens dotaux (L. 30, C. *De jure dotium*, V, 12) ; au profit du fils de famille à l'égard des biens qui lui appartenaient, mais dont l'usufruit et l'administration étaient restés à son père (L. 1, § 2, *De annali exceptione*, VII, 40). La prescription était encore suspendue, au profit du créancier pendant la confection de l'inventaire et le délai de délibération (L. 22, § 11, *De jure deliberandi*, VI, 30) ; au profit d'un créancier qui avait accordé un sursis au débiteur

pendant la durée du sursis (L. 8, *in fine*, C. *Qui bonis cedere possunt*, VII, 71).

Enfin, on admettait que quand des matériaux avaient été employés dans la construction d'autrui, la prescription de l'action en revendication du propriétaire ne commençait à courir que du moment où les matériaux avaient cessé de faire partie du bâtiment (Inst., § 29, *De rerum divisione*, liv. II, tit. I; L. 7, § 10, D., *De acquirendo rerum dominio*, XLI, 1).

Quelle était la raison d'être de ces différentes dérogations au droit commun. La suspension de la prescription en faveur des impubères se justifiait pas la nécessité de les protéger tant contre leur propre inexpérience que contre la négligence de leur tuteur; les mineurs de vingt-cinq ans se trouvant plus expérimentés, on les protégeait, mais dans une moindre mesure; les prescriptions moindres de trente ans ne couraient pas contre eux, la prescription trentenaire, au contraire, n'était pas suspendue à leur égard. Dans ce dernier cas, ils avaient un très long délai pour agir, et s'ils laissaient se prescrire leur action, ils s'étaient montrés d'une négligence inexcusable et dont ils devaient supporter les conséquences.

On suspendait ensuite la prescription au profit de la femme mariée pendant le mariage pour ses biens dotaux, et au profit du fils de famille ayant des biens personnels soumis à l'usufruit et à la gestion du père, parce que tous deux se trouvaient démunis de leur

droit d'action, et qu'on ne voulait pas les rendre responsables de la négligence du mari ou du père.

Enfin, dans les trois derniers cas, que nous avons cités, on suspendait le cours de la prescription, parce que les créanciers d'une succession, le créancier qui avait accordé un sursis et le propriétaire les matériaux se trouvaient momentanément dans l'impossibilité d'agir.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

Nous avons à examiner les effets de la prescription extinctive à deux époques différentes, d'abord antérieurement à la constitution de Théodose pour les actions qui faisaient exception à la règle de la perpétuité des actions, puis postérieurement à cette constitution, pour les actions autrefois perpétuelles devenues prescriptibles par trente ans.

§ 1. *Première période antérieure à la constitution de Théodose.*

Pour les actions exceptionnellement temporaires, les interprètes se sont tout d'abord demandés si elles s'éteignaient *ipso jure* au bout du temps fixé, ou seulement *exceptionis ope*, en d'autres termes si le moyen tiré de la prescription devait être inséré dans la for-

mule, ou si le magistrat pouvait en tenir compte d'office. D'après un jurisconsulte du XVI^e siècle, Doneau (liv. XVI, chap. VIII, n^{os} 21 et 22, et liv. XXII, chap. II, n^o 18), la solution de la question se trouverait dans la distinction suivante : les actions sont soumises à l'extinction *tempore*, soit par la loi qui leur donne naissance comme les actions annales prétoriennes, soit par une loi postérieure. Dans le premier cas la prescription opérera *ipso jure*, dans le second seulement *per exceptionem*. Il argumentait en faveur de sa manière de voir des termes dans lesquels le préteur accordait l'action : *Intra annum dabo*. Il fallait en conclure d'après lui qu'une fois l'année écoulée, il n'y avait plus d'action, par conséquent elle avait été éteinte *ipso jure*.

Il faut absolument rejeter la distinction proposée par Doneau. Sans doute si l'action était intentée *post annum* et que cette circonstance fut constante *in jure*, le magistrat refusait l'action, mais s'il avait le moindre doute sur le point de savoir si le délai s'était réellement écoulé, rien ne l'empêchait d'insérer dans la formule une clause, en vertu de laquelle il invitait le juge à examiner si l'action avait été réellement intentée en temps utile. De plus, il est plusieurs textes du Digeste qui supposent que des actions annales prétoriennes, après l'année écoulée, étaient repoussées par une exception. C'est ainsi que la loi 30, § 5, *De peculio*, XV, 1, nous parle d'un créancier repoussé par une *an-*

annua exceptio : *Si annua exceptione sit repulsus creditor*; que la loi 15, § 5, *quod vi aut clam*, XLIII, 24, décide que si un créancier a eu une juste cause d'ignorance il sera restitué contre l'*annua exceptio* : *nam causa cognita annuam exceptionem remittendam*. Enfin le nom de *præscriptio* donné au moyen de défense tiré de l'écoulement d'un certain laps de temps, indique la nécessité d'une insertion dans la formule.

Ce qui est vrai de dire et la distinction proposée par Doneau mise de côté, c'est qu'il y avait des cas où l'action était éteinte *ipso jure* et d'autres où elle ne l'était que *per exceptionem*. Nous venons de voir tout d'abord qu'une exception était nécessaire pour repousser l'action de *peculio* et l'interdit *quod vi aut clam* : nous devrons en dire autant pour l'action d'injures (L. 5, C. *De inj.* IX), 35. Mais il était d'autres cas où l'extinction avait lieu *ipso jure*. Il paraît certain en premier lieu que ce résultat se produisait par application de la loi *Furia*, le fidepromissor ou le sponsor, après le délai de deux ans écoulé était libéré *ipso jure*. En second lieu il est un texte d'Ulpien qui ne peut s'expliquer qu'en supposant qu'il était des cas où l'extinction de l'action s'opérait *ipso jure*. Dans la loi 1, § 6, *De dolo malo*, IV, 3, le jurisconsulte décide qu'un débiteur s'expose à l'action de dol, quand par des manœuvres dolosives, il empêche son créancier d'agir *intra tempus*; si l'extinction n'avait eu lieu que *per exceptionem*, le créancier aurait pu empêcher l'exception tiré de la prescrip-

tion de produire son effet, en faisant insérer une réplique dans la formule. L'on ne comprendrait alors nullement pourquoi on accorde l'*actio doli* au créancier, puisqu'elle n'est que subsidiaire. On est donc forcé d'admettre qu'il y avait des actions temporaires qui s'éteignaient *ipso jure*.

Certains auteurs ont voulu relier par une étroite connexité la question de savoir si le temps écoulé laisse subsister une obligation naturelle avec celle que nous venons d'examiner : l'extinction a-t-elle lieu *ipso jure* ou *per exceptionem*.

D'après eux par le seul fait que l'on admet que le moyen tiré de la prescription doit être inséré dans la formule et n'opère que *per exceptionem*, il faudrait décider qu'une obligation naturelle survit à la prescription accomplie. M. de Savigny, dans son *Système* (trad. Guénoux, chap. CCXLVIII, t. V, p. 395 et 396), a fort bien montré la fausseté de cette manière de voir. En effet, dit le savant auteur, les obligations s'éteignent de trois façons différentes : *ipso jure*, exemples, par le paiement, la novation ; *per exceptionem*, mais sans laisser subsister une obligation naturelle : exemples, les *exceptiones pacti, jurisjurandi* : *per exceptionem*; mais en laissant vivre une obligation naturelle, exemple, l'*exceptio rei judicatæ*. Peut-on alors conclure de ce fait que l'obligation n'est éteinte que *per exceptionem* qu'il subsistera une obligation naturelle? En aucune façon, il y a les deux questions

distinctes et qui demandent à être résolues séparément.

Demandons-nous donc maintenant si une obligation naturelle subsistait après l'expiration du laps de temps donné pour agir. Pour arriver à une solution, ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de rechercher si après la prescription accomplie, les effets habituels de l'obligation naturelle venaient à se produire.

Quels étaient tout d'abord ces effets ? En premier lieu elle mettait obstacle à la *condictio indebiti*, quand le débiteur avait exécuté, même par erreur son obligation éteinte ou inexistante civilement. En second lieu elle pouvait servir de base à une garantie accessoire, telle qu'une fidejussion, une constitution de gage, une hypothèque : elle pouvait également servir de base à un constitut, être l'objet d'une novation ; en troisième lieu, elle pouvait amener la compensation : enfin, en quatrième lieu, elle empêchait l'application des règles des donations aux règlements entre créanciers et débiteurs. Tels étaient les principaux effets de l'obligation naturelle, il est nécessaire cependant de faire remarquer que toute obligation naturelle ne les produisait pas nécessairement.

Recherchons donc s'il est quelqu'un de ces effets qui se produisaient après la prescription accomplie. Demandons-nous tout d'abord s'il est des textes qui nous permettent de déclarer qu'une fidejussion ou un pignus pouvaient garantir une obligation prescrite.

A. *Fidējussion*. — Pouvait-on se porter fidéjusseur d'une obligation prescrite ?

Un texte semble bien répondre négativement (L. 37, D., *De fidej.*, XLVI, 1). Il décide que si un débiteur libéré *tempore* a donné par erreur un fidéjusseur, la fidējussion sera nulle.

On comprend que les auteurs qui soutiennent qu'une obligation naturelle survit à la prescription accomplie soient fort embarrassés par ce texte. Weber (*Erlaut den Pand.*, § 92, p. 356, 5^e édit.) et Unterholzner ont soutenu que dans l'espèce le débiteur avait expressément limité son obligation à un certain temps.

Franke (*Civil Abhandl.*, II, p. 73) a prétendu, au contraire, qu'il ne s'agissait dans l'hypothèse visée par le texte que d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* qui aurait lui-même donné un *fidejussor* : qu'en conséquence le délai de deux ans éteignant absolument l'action, le *fidejussor* devait être libéré. Mais il y a là de simples hypothèses : le texte dans la généralité de ses termes ne permet pas une interprétation aussi restrictive.

Savigny qui soutient la survivance de l'obligation naturelle a une manière plus subtile de raisonner. D'après lui, il faut dire que si le *fidejussor* est libéré, c'est parce qu'il peut faire valoir les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. Malheureusement pour lui il est plusieurs cas où le *fidejussor* ne peut opposer les exceptions appartenant à celui dont il a garanti la dette : tel est le cas notamment où ce dernier aurait

obtenu du créancier un pacte de *non petendo in personam*. D'ailleurs le débiteur restant tenu naturellement, on ne voit pas pourquoi le *fidejussor* serait libéré. Le jurisconsulte allemand fait remarquer ensuite que la fidéjussion a été donnée par erreur : si bien que si elle est nulle, cela vient tout simplement de ce qu'il y a eu erreur. A cela nous ferons remarquer que le fait de la *fidejussio* a été donnée par erreur par le débiteur ne peut pas entraîner la nullité de l'obligation du *fidejussor*, car l'*obligatio naturalis* constituait une base suffisante pour la *fidejussio*.

Un texte d'Africain vient d'ailleurs corroborer le texte de Paul (L. 38, § 4, *De solut.*, XLVI, 3). Dans le cas où par suite de l'absence de son débiteur *reipublicæ causa*, un créancier ne pouvait agir dans le laps de temps déterminé, le préteur intervenait et lui accordait une *in integrum restitutio*. Mais cette *restitutio* devait être réclamé dans un certain délai (une année utile). Le jurisconsulte se demande alors ce qui arrivera si un *fidejussor* est venu cautionner la dette après le retour de l'absent, et si le créancier a laissé écouler l'année utile sans demander la *restitutio* : la *fidejussio* sera-t-elle valable ?

Africain répond sans hésiter : non. Et cependant s'il y avait obligation naturelle subsistante après la prescription accomplie, il faudrait donner une solution contraire. Aussi Savigny très embarrassé par ce texte soutient-il qu'il ne s'agissait dans l'espèce que d'un

fidejussor donné par un *sponsor* ou un *fidepromissor*. L'obligation principale se trouvant éteinte par le délai de deux ans, le *fidejussor* se trouverait libéré. Mais il ne ressort nullement du texte d'Africain qu'il vise une hypothèse aussi spéciale. Il est à remarquer d'ailleurs que nous verrons nos adversaires invoquer la loi *Furia* toutes les fois qu'ils se trouveront en présence d'un texte embarrassant.

B. *Pignus*. — Un gage pouvait-il garantir une obligation prescrite. On invoque dans le sens de l'affirmative une loi 50, *De minoribus*, au Digeste, IV, 4. Cette loi suppose qu'un mineur s'est porté *expromissor* pour un débiteur temporaire dix jours avant la libération de ce dernier, puisqu'il s'est fait restituer contre son *expromissio*. Pomponius décide que le créancier n'aura pour agir contre son débiteur qu'un délai de dix jours ; et il ajoute que le gage fourni par le débiteur restera obligé.

D'après M. Machelard, il faudrait entendre le texte de Pomponius tout simplement en ce sens, que la *restitutio in integrum* ayant été accordée au mineur, le gage redevient obligé pour les dix jours qui restaient à courir. Nous croyons devoir cependant rejeter cette interprétation de la loi 50, *De minoribus*, il semble bien résulter du texte même de cette loi que tandis que le créancier n'aura pour agir que dix jours, le gage au contraire, restera obligé *in perpetuum*. Pomponius

s'exprime ainsi : *Ideoque pignus quod dederat prior debitor manet obligatum*. Il semble que si le jurisconsulte avait voulu entendre que le gage ne redeviendrait obligé que pour dix jours, il ne se serait pas servi du mot *manere* qui fait naître l'idée d'une chose qui demeure, qui survit, qui ne périt pas, alors que d'autres choses disparaissent. M. Machelard a d'ailleurs senti combien son interprétation manquait de base solide, et il a imaginé de dire qu'en rédigeant son texte, Pomponius avait dans l'idée qu'évidemment le créancier se hâterait d'agir dans les dix jours à lui donnés et conserverait ainsi le gage.

Nous admettons donc la survivance du gage, mais en résulte-t-il que s'il en était ainsi c'est parce qu'une obligation naturelle survivait à la prescription accomplie, comme l'a soutenu Savigny qui explique comme nous la loi 50, *De minoribus* ? Nullement. C'était par suite d'une anomalie que dans la législation romaine on admettait la survivance du gage ou de l'hypothèque à l'obligation principale. Cette anomalie s'explique d'ailleurs, fort bien quand on remarque que d'après l'édit Servien, la formule de l'action du créancier gagiste ou hypothécaire contenait toujours les mots : *Nisi soluta est pecunia vel satisfactum sit*. Par conséquent, quand il y avait eu extinction *tempore* de la dette principale, on ne pouvait pas dire qu'il y avait eu paiement ou autre satisfaction, l'action résultant du gage

pouvait donc toujours être intentée. C'est ainsi que la loi 30, § 1, *De exceptione rei judicatæ*, XLIV, 3, dit formellement : *Actio tamen pigneratitia competit et pignori datum et satisfactum non esse*. Nous déclarerons donc que le gage subsistera malgré l'extinction de l'action principale, mais cela n'implique nullement qu'une obligation naturelle survivait à la dette éteinte par prescription.

C. *Constitut*. — Un pacte de constitut pouvait-il intervenir à l'occasion d'une dette prescrite; si les textes permettent de répondre affirmativement, il sera alors certain qu'une obligation naturelle survit. Malheureusement pour nos adversaires, non seulement il n'y a pas de texte en ce sens, mais il y en a un qui est manifestement contraire. Ulpien décide (L. 18, § 1, *De pecunia const.*), que l'on peut faire valablement un constitut à propos d'une dette susceptible de s'éteindre *tempore*, bien qu'au moment où l'action *de pecunia constituta* sera intentée, la dette originale soit éteinte. Il suffit pour la validité du pacte que le constitut ait été fait à un moment où cette dette existait encore. Ne faut-il pas alors conclure *a contrario* du texte d'Ulpien qu'une obligation ne pouvait pas servir de base à un constitut après son extinction *tempore*. Savigny (t. V, § 251, n° 111) a cherché à expliquer ce texte, en prétendant qu'il ne visait que l'hypothèse de la loi *Furia*, mais encore une fois rien ne vient démontrer que la

loi 18, § 1, *De pec. const.*, ne visait que cette hypothèse très spéciale.

D. L'obligation naturelle pouvait être l'objet d'une novation ; on pouvait fort valablement la remplacer par une obligation civile. Après la prescription accomplie une novation était-elle susceptible de se produire. Les textes sont complètement muets, et l'on peut raisonnablement conclure de leur silence que l'on n'admettait pas qu'une obligation prescrite put être l'objet d'une novation valable.

E. Les textes font également défaut pour la compensation. Nulle part, il n'apparaît que l'on put opposer en compensation une obligation prescrite. Nous en concluons donc également la non possibilité de compenser une obligation civile avec une obligation éteinte *tempore*.

Il nous reste maintenant à rechercher si la *condictio indebiti* pouvait être intentée avec succès par un débiteur qui aurait exécuté son obligation après son extinction *tempore*.

Si l'on peut répondre affirmativement, il est certain qu'alors une obligation naturelle survivra à la prescription accomplie. De notre côté, si nous pouvons trouver un texte qui admet la *condictio indebiti*, après que la dette s'est éteinte *tempore*, nous aurons fait un grand pas dans notre démonstration qu'aucune obligation naturelle ne subsiste après la prescription accomplie. Un texte semble formel dans notre sens ; il semble bien

autoriser la *condictio indebiti* (L. 25, § 1, D., *De ratam rem hab.*). Le jurisconsulte Africain suppose qu'une personne se disant *procurator* s'est fait payer par un débiteur à un moment où ce dernier n'était pas encore libéré *tempore*; en même temps, le soi-disant *procurator* a donné la *cautio de rato*, et des fidéjusseurs sont intervenus pour garantir la promesse faite par le *procurator* que le créancier ratifierait. Le délai libératoire expiré, ce dernier ratifie effectivement le paiement. Africain décide alors que le débiteur libéré *tempore* pourra agir par l'action *ex stipulatu*, remplaçant dans l'espèce la *condictio indebiti* contre le prétendu *procurator* et, par suite, contre ses fidéjusseurs.

Que résulte-t-il de là, sinon que la *condictio indebiti* est parfaitement possible après la prescription accomplie. Si l'on admettait qu'il survit une obligation naturelle, le débiteur ne pourrait pas intenter l'action *ex stipulatu*, car le *procurator* lui aurait procuré la ratification en temps utile. Mais si, comme nous l'avons décidé, la prescription éteint le droit du créancier, le débiteur peut poursuivre le *procurator* et ses fidéjusseurs, car on lui avait promis une ratification utile, qui n'est pas intervenue, puisque l'expiration du délai extinctif a suffi pour lui assurer sa libération.

On pourrait faire deux objections contre la solution donnée par Africain. On pourrait dire tout d'abord : le *procurator*, dans l'espèce, a acquis les deniers pour le créancier; par suite, le paiement est parfaitement

valable. On ne peut nier qu'en droit romain, à un moment donné, l'acquisition pour un autre n'ait pas été parfaitement possible; mais, pour cela, il était absolument nécessaire que le créancier ait donné un véritable mandat au *procurator*. A défaut de mandat, il ne peut y avoir qu'une *negotiorum gestio*, qui ne vaudra que par la ratification du créancier. Or, dans l'espèce, il semble certain qu'il ne s'agit que d'un cas de gestion d'affaires. Si Africain se sert de l'expression *procurator*, ce mot ne signifie pas forcément mandataire. D'ailleurs, s'il y avait eu mandat, une ratification ne se comprendrait pas.

La seconde objection que l'on peut faire à la solution donnée par Africain, on le comprend maintenant, va être celle-ci : il y a gestion d'affaires, c'est possible; mais la *ratihabitio* rétroagira au jour du paiement. Ne dit-on pas : *ratihabitio mandato æquiparatur* (L. 12, § 4, *De solut.*, L. 1, § 14, D., *De vi*, L. 152, § 2, *De reg. jur.*). Mais, dans notre espèce, la ratification ne peut avoir un effet rétroactif, puisqu'elle ne peut pas être faite valablement après l'extinction *tempore* de la dette. On ne peut songer à un paiement, puisqu'il n'y a plus de dette; celui qui est libéré d'une façon ne peut plus l'être désormais d'une autre manière (V. dans ce sens Cujas, *trad.* VI, *ad Africanum*, t. I, c. 1366).

M. Savigny a encore essayé de rétorquer l'argument puissant tiré du texte d'Africain, en invoquant la loi

Furia et son effet extinctif absolu. Mais nous avons déjà dit que c'était pour nos adversaires le moyen d'expliquer tous les textes qui les embarrassaient.

Nous avons recherché si après la prescription accomplie, il se produisait un des effets de l'obligation naturelle. Nous croyons avoir démontré qu'il faut répondre négativement; nous en concluons donc qu'aucune obligation naturelle ne survivait après l'extinction *tempore* d'une obligation, dans la période antéthéodosienne.

§ 2. *Deuxième période. Après la constitution de Théodose.*

La constitution de Théodose rendue en l'an 424 de notre ère vint changer complètement la législation romaine; désormais, en principe, toutes les actions tant réelles que personnelles devinrent prescriptibles par trente ans. Quels sont les effets que nous allons attribuer à cette nouvelle prescription. Il semble tout d'abord naturel d'accorder à un délai de trente ans un effet au moins aussi complet que celui que l'on accordait aux courtes prescriptions admises dans le droit antéthéodosien. Cependant, comme il est des auteurs qui se sont rangés de notre parti pour les actions temporaires et qui refusent d'appliquer les règles admises à ce propos aux actions soumises à la prescription tren-

tenaire, nous devons examiner la question dans la période posthéodosienne.

La prescription accomplie faisait-elle disparaître le droit lui-même, ou n'atteignait-elle que le droit d'action ? dans ce second cas, une obligation naturelle survivait-elle après l'expiration du délai de prescription ?

Un premier point que l'on peut considérer comme certain, c'est que les droits réels, à l'exception des servitudes, ne s'éteignaient pas par le fait de la prescription, l'action seule était éteinte. Si nous prenons particulièrement la propriété, nous devons tout d'abord mettre à part le cas où une personne aurait perdu le droit d'agir par le fait d'une prescription acquisitive accomplie au profit d'une autre personne. Il est évident que dans ce cas là, le droit de propriété est lui-même perdu. Mais si nous supposons qu'une personne de mauvaise foi se soit mise en possession d'un immeuble ; par l'effet de l'écoulement d'un laps de trente ans elle ne devient pas propriétaire ; elle n'aura qu'une exception qui lui permettra d'écarter le propriétaire agissant en revendication. Vient-elle à être dépossédée par un tiers ou par le propriétaire lui-même, si elle n'est pas dans le délai d'un an pour agir au possessoire, elle ne pourra pas intenter l'action en revendication. Il se trouvera alors que si c'est un tiers qui a dépossédé le possesseur de mauvaise foi, l'action en revendication appartiendra au propriétaire, dont le droit n'a souffert aucune atteinte en lui-même, mais se trouvait simple-

ment paralysé par l'exception résultant de la prescription trentenaire (L. 8, § 4, C. *De præscript.* XXX *vel XL an.*, VII, 39).

Nous avons dit que pour les servitudes il en était différemment, mais cela tient au caractère tout spécial de la prescription de ces servitudes en droit romain. Dans ce cas, il s'agissait bien moins d'une prescription extinctive du droit du propriétaire du fonds dominant, que de l'usucapion par le propriétaire du fonds servant de la liberté de son fonds.

Si nous passons aux obligations, nous voyons que la question est fort discutée de savoir quels étaient à leur égard les effets de la prescription extinctive. Pour certains auteurs le droit lui-même serait éteint, et aucune obligation naturelle ne pourrait subsister après la prescription accomplie. Pour d'autres, au contraire, l'action seule serait anéantie, et le droit continuerait à subsister comme obligation naturelle. (Voir dans le premier sens, Lôhr, Heimbach, Vermehren, Büchel, Vangerow, p. 175, 176, 180, Kierulff, p. 210 et 214; Molitor, *Traité des oblig.*, t. I, n^{os} 33 et suiv., et Machelard, *Oblig. nat.*, p. 489 et suiv.; dans le second sens, Franke, Weber et Savigny déjà cités; puis Unterholzner, *Verjährung*, II, § 481; Puchta et Mayns, *Cours de droit romain.*)

Nous n'hésitons pas à nous ranger à l'opinion de MM. Machelard et Molitor. Nous l'avons déjà dit : il y a un argument *a fortiori* à tirer de la doctrine que

nous avons admise pour les actions exceptionnellement temporaires dans le droit classique. Nous rappellerons que nous avons passé en revue tous les effets de l'obligation naturelle, et que nous avons constaté (le gage mis à part dont la survivance a sa raison d'être spéciale) qu'aucun n'était susceptible de se produire après la prescription accomplie. Il nous reste maintenant à examiner une série d'arguments que l'on a fait valoir à propos des actions soumises à la prescription trentenaire pour justifier la survivance de l'obligation naturelle.

On a fait remarquer tout d'abord que la prescription n'opère que par forme d'exception : elle doit être proposée, elle ne peut être appliquée d'office par le juge. Cela est parfaitement juste, mais, remarquons-le, l'exception est perpétuelle, et comme telle détruit complètement le droit auquel elle est opposée. *Nihil interest*, dit la loi 112, Digeste, *De reg. juris*, L. 17, *quis actionem non habeat, an per exceptionem infermetur*. Une créance à laquelle on peut opposer une exception perpétuelle ne peut être invoquée en compensation (L. 14, D., XVI, 2), ne peut servir de cause à une obligation accessoire (L. 2, D., XX, 3, L. 3, § 1, D., XIII, 5), si bien que le jurisconsulte Marcellus a pu dire (L. 66, D., *De reg. jur.*, L., 17) : *Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab æquitate naturali abhorrentem*.

Aussi, pour renforcer l'argumentation tirée de ce

fait que la prescription n'opère que *per exceptionem*, on a fait remarquer qu'il est des cas où celui qui peut se prévaloir d'une exception perpétuelle reste cependant naturellement obligé, et que justement on se trouve dans un de ces cas après la prescription accomplie. D'après certains auteurs, par cela seul que l'exception a été introduite *in odium creditoris et non propter æquitatem*, on devrait décider que le débiteur restera tenu naturellement.

On raisonne par analogie des sénatus consultes Macédonien et Velleien qui frappent de nullité le prêt fait à un fils de famille et l'*intercessio* consentie par une femme mariée, mais en laissant subsister une obligation naturelle. On a répondu avec raison que l'exception tirée de la prescription n'avait nullement été admise en haine du créancier. Sans doute l'extinction de son droit *tempore* est la peine de sa négligence, mais comme l'a fort bien fait remarquer Savigny (*System.*, trad. Guénoux, t. V, chap. CCXLIX, p. 401), c'est là moins le motif du préjudice causé que sa justification. Le véritable motif de la prescription extinctive doit être cherché dans cette idée qu'il est d'intérêt public que les contestations aient leur terme, *ne prope immortali timore teneantur* (L. 7, pr. C. *De præscript. trig.*, VII, 39).

On a invoqué en second lieu la loi 8, § 1, *De præscript. trig.* dont nous avons parlé plus haut, et qui suppose très nettement que l'action seule est atteinte, le

droit lui-même restant parfaitement intact, et l'on a fait valoir qu'il n'y avait pas de raison pour traiter différemment les droits réels et les droits personnels. Mais c'est que justement on peut fort bien soutenir qu'il n'y a aucune analogie à établir entre ces deux sortes de droits. Pour le droit de créance, il s'éteindra par la simple inaction, tandis qu'au contraire le droit de propriété ne périra pas, par ce seul fait que le propriétaire a négligé de l'exercer. « Son droit ne com-
« mencera à être ébranlé, dit M. Machelard, qu'autant
« que de la part d'un tiers il y a eu entreprise directe,
« attribution continue à son profit, au moyen de la
« possession des attributs de la propriété. » Dans le droit romain, la propriété ne pouvait s'éteindre par cela seul qu'un tiers s'était mis en possession de mauvaise foi, et que cette possession avait duré un certain temps. Il eût été plus logique d'admettre ici l'acquisition de la propriété par le prescrivait, comme l'a fait notre droit actuel (art. 2262, C. civ.) ; mais les jurisconsultes romains n'ont pas osé aller jusque-là. Force a donc bien été, le non usage ne suffisant à éteindre la propriété, d'admettre, comme l'a fait la loi 8, § 1, *De præscript. trig.*, la survivance du droit de propriété au profit du dépossédé, puisque le possesseur ne l'avait pas acquise.

Tout au contraire le droit de créance s'éteignant par simple inaction, il n'y avait rien qui répugnât aux prin-

cipes du droit dans l'extinction complète du droit d'obligation par la prescription.

Les partisans de la survivance de l'obligation naturelle ont cru trouver un argument péremptoire en leur faveur dans la loi 3, C. *De præscript. trig.* L'action personnelle du créancier hypothécaire contre le débiteur se prescrit par trente ans, tandis que l'action hypothécaire contre ce débiteur est imprescriptible avant Justin, et depuis ce prince seulement prescriptible par quarante ans. Comment expliquer cette survivance de l'hypothèque, sinon parce que la prescription de l'action personnelle laisse subsister une obligation naturelle. Nous n'essayerons pas ici de réfuter cet argument : comme nous avons l'intention de traiter particulièrement de la prescription de l'action hypothécaire, nous en renvoyons plus loin la réfutation.

Nous écarterons enfin un dernier argument que l'on prétend tirer de l'analogie que présentait la prescription extinctive et la péremption d'instance. Quand une instance était périmée on admettait, en effet, qu'il subsistait une obligation naturelle. Mais au fond les deux situations n'étaient nullement identiques. Pour la péremption d'instance on ne pouvait pas dire que le droit lui-même fut atteint, on punissait le créancier de son inaction pendant un certain temps depuis l'introduction de l'instance, en lui enlevant son droit d'action. Mais en fait le droit pouvait être indiscutable, l'action n'avoir pas été suivie en vertu de circonstances indé-

pendantes de la volonté du créancier, il eût été alors trop dur de lui faire perdre son droit ; on admettait donc la survivance d'une obligation naturelle. Au contraire, si le créancier était resté sans agir pendant le très long temps de la prescription, outre qu'il s'élevait une présomption très forte d'un paiement ou d'une autre satisfaction, le dit créancier était coupable d'une telle négligence que l'on comprend fort bien que l'on éteignait son droit lui-même, et non pas seulement son action.

Appendice. — Les exceptions étaient-elles susceptibles de s'éteindre par la prescription extinctive !

Nous avons vu que les actions s'éteignaient par un certain laps de temps. Qu'allons-nous décider maintenant par rapport aux exceptions. Seront-elles prescriptibles comme les actions ? En quel sens faut-il entendre en droit romain l'adage : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ?

Deux hypothèses doivent tout d'abord être mises à part.

Il peut tout d'abord arriver qu'une *restitutio* soit préliminairement nécessaire pour pouvoir opposer une exception. Il est alors évident que si on a laissé écouler le délai pour demander la restitution (une année utile originairement, puis quatre années continues), l'exception ne pourra pas être opposée. Par exemple, supposons que pendant son absence *reipublicæ causa*, une personne ait été dépouillée de sa chose par une usuca-

pion accomplie au profit d'une autre personne, puis soit rentrée en possession de sa chose. Poursuivie par l'*usucapiens* en restitution, elle pourra lui opposer l'*exceptio justî dominîi*, mais seulement si elle a eu soin préliminairement de se faire restituer (L. 28, § 5, *Ex quib. causis maj.*, IV, 6).

En second lieu, on admettait que lorsqu'un prêt avait été consenti et constaté par un acte écrit, on ne pouvait se prévaloir de l'acte que seulement deux ans après (§ 2, aux Institutes, *De except.*, IV, 13). On a prétendu alors qu'après deux ans accomplis l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* était éteinte par prescription. Mais il y a là tout simplement application d'une règle spéciale sur l'usage des preuves par écrit, et non pas extinction *tempore* d'une exception.

Ces deux hypothèses mises de côté, supposons qu'on se trouve dans un cas où on est muni d'une exception sans avoir d'action. On admet alors, sans controverse, que l'exception sera imprescriptible. On ne peut raisonnablement imposer la peine de la négligence au bénéficiaire de l'exception qui se trouvait dans l'impossibilité de la mettre en œuvre, puisqu'il dépendait uniquement de son adversaire d'intenter ou de ne pas intenter l'action.

Pour prendre quelques exemples, citons d'abord le cas où un propriétaire a agi, après trente ans accomplis, contre celui qui l'a dépossédé. S'il intente de nouveau son action, même après un laps de trente ans,

il sera repoussé par l'*exceptio rei judicatæ* qui n'a pas pu s'éteindre par le temps (L. 15, *De except. rei judicatæ*, XLIV, 2).

Supposons ensuite qu'un dol ait été commis dans un *negotium stricti juris*, par exemple dans une stipulation. Nous devons tout d'abord écarter le cas où la stipulation aurait été exécutée, l'*actio doli* serait alors la seule ressource accordée à la partie lésée. Mais il se trouve que le contrat de droit strict n'a pas encore été exécuté, l'action *doli* qui n'est que subsidiaire sera refusée, car alors, le promettant peut opposer l'*exceptio doli*. Nous trouvons donc un cas où l'exception existe seule, par conséquent nous devons la déclarer perpétuelle (L. 5, § 6, D., XLIV, 4) : « *Non sicut de dolo actio tempore certo finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam hæc perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur.* »

Mais il peut se faire que le titulaire d'un droit ait à son service et une action et une exception. Cela ne veut pas dire qu'il puisse choisir entre ces deux moyens : il pourra toujours intenter son action, mais pour se prévaloir de l'exception il devra attendre que son adversaire le poursuive. Qu'allons nous alors décider dans cette hypothèse ?

Pour certains auteurs, parmi lesquels on peut citer Löhr (*Archiv. für civil Praxis*, X, n° 2) et Fritz (*Er-*

aut, II, p. 431), l'exception devrait être alors déclarée prescriptible. L'on invoque à l'appui de cette manière de voir de la loi 5, § 6, XLIV, 4, que nous avons cité plus haut, et l'on argumente ainsi : si dans l'hypothèse visée par cette loi, l'exception est imprescriptible, c'est qu'elle est la seule ressource du défendeur; par conséquent, s'il a également une action, on n'a aucune raison pour décider que l'exception demeurera imprescriptible. Cet argument *a contrario* des motifs qui ont inspiré la loi 5, § 6, est captieux il faut l'avouer, malheureusement pour Loehr et Fritz, un autre texte la loi 5, C., *De except. et præscript.* leur est absolument contraire. Elle déclare formellement à propos de l'interdit *unde vi*, que malgré l'extinction *tempore* de l'interdit, l'exception demeurera perpétuelle. « *Licet*
« *unde vi interdictum intra annum locum habeat, ta-*
« *men exceptione perpetua succurri ei qui per vim ex-*
« *pulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris*
« *manifestatur.* »

D'ailleurs, si on admet la prescriptibilité de l'exception quand le droit est également garanti par une action, on arrive à de singulières conséquences. Primus sous l'empire de la violence a promis dans les formes de la stipulation, à Secundus, qu'il lui donnerait mille francs *dans un an*. Il a, à la fois, l'action et l'exception *quod metus causa*. L'action sera prescrite par trente ans à partir du jour de la cessation de la violence, par hypothèse, du jour de la stipulation. Si l'exception est

prescriptible, comme le soutiennent Loehr et Fritz, en même temps que l'action, elle périra également dans le même délai. Il se trouvera alors que le bénéficiaire de l'exception l'aura définitivement perdue, à un moment où le stipulant pourra encore agir par l'action *ex stipulatu*, puisque cette dernière ne sera prescrite qu'au bout de trente et un ans, la prescription ne courant que depuis l'arrivée du terme, à l'expiration du délai d'un an dans l'espèce.

Nous admettons donc que toutes les fois qu'un droit sera protégé par une action et par une exception, cette dernière sera imprescriptible. L'action peut très bien s'éteindre de son côté sans que l'exception périsse du sien; il y a là deux droits distincts, parfaitement indépendants l'un de l'autre quoiqu'ils protègent le même droit. Il est tout à fait rationnel d'ailleurs que l'exception accordée à une personne pour se défendre dure autant que le droit de poursuite de son adversaire; tant dure la demande, tant dure l'exception. On ne peut d'ailleurs reprocher aucune négligence à celui qui peut se prévaloir d'une exception; il ne dépendait pas de lui mais de son adversaire de mettre l'action en mouvement.

Remarquons que pour les auteurs qui comme Savigny admettent la survivance d'une obligation naturelle après la prescription accomplie, ils sont tenus d'admettre l'imprescriptibilité de l'exception, cette dernière trouvant une cause suffisante dans l'obligation

naturelle. Mais pour nous qui nous sommes rangés à l'opinion contraire, nous ne sommes nullement forcés, parce que nous n'avons pas admis la survivance de l'obligation naturelle, de décider que l'exception sera prescriptible. Les raisons que nous avons plus haut données sont suffisantes à elles seules pour justifier la solution que nous avons admise.

Savigny se demande ce qu'il faut décider dans l'hypothèse suivante. Un propriétaire a été amené par violence à vendre son immeuble, il n'aura que l'action *quod metus causa*. Mais après trente années accomplies il vient à recouvrer la possession; poursuivi par son acquéreur ou ses ayants cause, pourra-t-il leur opposer l'*exceptio quod metus causa*. Nous croyons avec le jurisconsulte allemand que la solution à donner dépend de l'opinion que l'on a admise sur la survivance ou la non survivance de l'obligation naturelle (*System. trad.*, t. V, p. 457 et 458).

Admet-on la survivance, l'exception sera accordée, puisque l'obligation naturelle est suffisante pour motiver l'exception. Est-on partisan de la thèse contraire, on rejette par-là même la base de l'exception. En effet, dans cette opinion, qui est la nôtre, la prescription éteint définitivement le droit même du propriétaire qui a cédé à la violence; on ne voit donc pas comment il pourrait opposer une *exceptio quod metus causa*.

Remarquons enfin qu'il est des exceptions qui ne sont pas puisées dans la cause même qui sert de fon-

dement à la demande à laquelle elles sont opposées, qui, selon une façon de parler, ne sont pas viscérales, comme le seraient, par exemple, les exceptions *doli*, *quod metus causa*. Elles seront prescriptibles. Pour prendre un exemple, tel serait le cas où le défendeur opposerait au demandeur une demande reconventionnelle. Ainsi, Primus, créancier de Secundus, le poursuit, et se voit opposer en compensation une dette qu'il a contractée. Il pourra opposer la prescription de cette dette, à condition toutefois, qu'elle ait été prescrite avant la naissance de la créance dont il vient de se prévaloir. Car si cette dernière était née postérieurement, le défendeur pourrait valablement opposer la compensation qui se serait opérée *ipso jure* jusqu'à concurrence de la plus faible des dettes.

DEUXIEME PARTIE

Prescription de l'action hypothécaire.

INTRODUCTION

Ce ne fut qu'à la suite d'une série de transformations que l'on vit apparaître dans la législation romaine l'hypothèque telle que nous la concevons aujourd'hui. A l'origine, pour constituer une sûreté réelle au profit de son créancier, le débiteur lui transmettait la propriété par une *mancipatio* ou une *in jure cessio* ; en même temps, le créancier, par un contrat *de fiducie* s'engageait à restituer la chose après paiement. Si, par un fait quelconque, le débiteur était rentré en possession de sa chose, il redevenait propriétaire, par le fait d'une *usureceptio*, sorte d'usucapion, d'après Gaius (C. II, § 59), qui n'exigeait ni juste titre, ni bonne foi, et qui s'accomplissait par le laps d'un an.

Mais l'aliénation fiduciaire offrait de grands désavantages pour le débiteur; aussi, imagina-t-on bientôt de transférer seulement la possession au créancier par une constitution de gage. Malheureusement, ce mode de procéder avait encore le désavantage d'enlever la possession au débiteur, et de ne donner au créancier qu'une sûreté insuffisante en lui refusant le droit d'aliéner et de se payer sur le prix.

Le prêteur intervint alors, et décida qu'une simple convention serait désormais suffisante pour donner naissance à une action réelle qui permettrait au créancier de se mettre en possession de la chose. Le *jus distrahendi*, droit d'aliéner la chose et de se payer sur le prix, n'apparut tout d'abord que comme une simple clause accessoire qui devait être formellement exprimée (Gaius, Com. II, § 294; Javol., L. 73, D. XLVII, 2). Mais, dès l'époque d'Ulpien, nous voyons qu'on la sous-entendait dans toute constitution d'hypothèque, et qu'il fallait une déclaration expresse pour l'exclure (Alex. C. 4, Code, IV, 24). Ce ne fut que sous Justinien que le *jus distrahendi* devint de l'essence de l'hypothèque; cela résulte d'une addition à un texte d'Ulpien (L. 4, D. XIII, 7), dans lequel la logique permet de distinguer ce qui est d'Ulpien, et ce qui a été ajouté par Tribonien.

L'action hypothécaire ou quasi-Servienne fut longtemps imprescriptible; nous avons vu que Théodose fit exception pour elle au principe qu'il venait de poser

de la prescriptibilité de toutes les actions, tant réelles que personnelles, par trente ans. Enfin, l'empereur Justin décida que désormais l'action hypothécaire serait prescriptible par quarante ans.

C'est cette prescription particulière à l'action hypothécaire, dont nous avons maintenant à nous occuper ; mais, par la force même des choses, notre étude sera divisée en deux parties distinctes. En effet, de deux choses l'une : ou le débiteur a conservé l'objet hypothéqué à la dette, ou il s'en est dessaisi au profit d'un tiers ; les règles de la prescription seront tout autres, selon qu'elle s'accomplira au profit du débiteur ou d'un tiers détenteur. Certains auteurs ont prétendu qu'il y avait prescription libératoire dans le premier cas, acquisitive dans le second cas ; mais il y a là une phraséologie inacceptable, et dont nous constaterons plus loin l'inexactitude. Contentons-nous, pour le moment, d'indiquer qu'il y a là deux hypothèses distinctes, ayant leurs règles particulières, et présentons suivant un ordre logique, tout d'abord, les principes qui régissent la prescription quand le débiteur est resté en possession, puis ceux qui règlent la prescription accomplie au profit de tiers détenteurs.

CHAPITRE PREMIER

PRESCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE AU PROFIT DU DÉBITEUR

Quelles seront les règles spéciales à la prescription accomplie au profit du débiteur resté en possession de la chose? Il semble au premier abord qu'il soit facile de répondre à cette question : l'hypothèque suivra le sort de l'obligation dont elle n'est que l'accessoire : *accessorium sequitur principale*. Ainsi a décidé notre Code civil dans l'art. 2180 4°, 2° alinéa. Mais en donnant cette solution dans la législation romaine on ferait fausse route, et l'examen des textes nous montre qu'elle reposait sur un principe diamétralement opposé : l'action personnelle éteinte, l'action hypothécaire n'en continuait pas moins à subsister.

Antérieurement à Théodose, cela est certain, l'action hypothécaire était aussi imprescriptible que les autres actions, mais ce qui est remarquable, c'est que ce prince en même temps qu'il soumettait l'action personnelle à l'extinction par trente ans, laissait subsister le caractère d'imprescriptibilité donné à l'action hypothécaire au moins dans l'hypothèse où le débiteur

était resté en possession de la chose hypothéquée. Cela résulte tout d'abord du texte même de la constitution de Théodose : *Eodem etiam jure in ejus persona non valente qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare*. Ainsi, le créancier hypothécaire ne peut plus agir contre un tiers détenteur, quand il y a eu possession de la part de ce dernier *per longum tempus* : ne faut-il pas en conclure *a contrario* que l'action hypothécaire est imprescriptible tant que le débiteur est resté en possession de la chose hypothéquée. L'argument *a contrario* se trouve d'ailleurs corroboré par une constitution de Justin (C. 7, C., *De præscript. XXX vel XL an.*, VII, 39), où ce prince déclare expressément qu'avant lui l'action résultant de l'hypothèque était imprescriptible au profit du créancier, quand le débiteur était resté en possession. Et il ajoute : *Nostræ provisionis esse perspeximus hoc quoque emendare, ne possessores ejusmodi prope immortalî timore teneantur*.

Ainsi, jusqu'à Justin, l'action hypothécaire reste imprescriptible à l'encontre du débiteur; c'est à ce prince que revient l'honneur de l'avoir soumise à l'extinction *tempore*, mais par une anomalie singulière il a admis que la prescription ne serait acquise qu'après quarante ans accomplis. Si bien que, même dans le dernier état du droit romain, l'action hypothécaire durait encore dix ans après la prescription par trente ans de l'action personnelle.

Certains auteurs ont cependant soutenu que tel n'était pas le sens qu'il fallait donner aux constitutions de Théodose et de Justin. La législation romaine reposait sur le même principe que la nôtre : *accessorium sequitur principale*.

D'après Heimbach (Linde's Zeischrift, vol. I, n° 22), en principe l'extinction de la dette principale entraînera l'extinction de l'action hypothécaire. Mais l'on peut fort bien supposer qu'une hypothèque a été constituée pour sûreté d'une obligation qui n'a jamais été que naturelle (L. 5, pr. D., *De pignor et hypoth.*, XXXI). La prescription trentenaire ne pourra pas atteindre cette obligation naturelle puisqu'elle n'est garantie par aucune action : l'action hypothécaire sera donc imprescriptible, même postérieurement à Théodose. Justin en créant une prescription quadragénaire a visé uniquement l'hypothèse d'une obligation naturelle, et il a décidé que dans ce cas, malgré l'imprescriptibilité de l'action principale, l'action hypothécaire s'éteindrait par quarante ans.

On ne peut nier que l'explication proposée par Heimbach ne soit ingénieuse. Malheureusement les textes sont conçus en termes trop généraux pour qu'on puisse admettre que ce n'est que la prescription spéciale à l'action hypothécaire garantissant une obligation naturelle qui a été l'objet de leurs dispositions. M. de Savigny (*System.*, traduction Guénoux, t. V, chap. ccl) a fort justement fait remarquer « que les

« *naturales obligationes* sont tellement rares, occupent
 « une place tellement secondaire dans les relations de
 « la vie réelle, que jamais elles n'auraient pu devenir
 « l'objet d'une législation aussi détaillée que celle re-
 « lative à l'action hypothécaire. »

Doneau (*Com. de jure civili lib.*, XVI, cap. xxvi, § 9; *Com. ad codicem ad tit. XXI; De l'itione pignoris*) part du même principe qu'Heimbach : pour lui l'hypothèque s'éteignait forcément avec la dette principale, mais pour concilier sa doctrine avec la constitution de Justin soumettant expressément l'action hypothécaire à la prescription de quarante ans, voilà ce qu'il a imaginé. En principe, l'extinction de la dette principale entraînera celle de la dette accessoire ; mais il peut fort bien arriver que l'action personnelle se trouve par suite de l'interruption de la prescription avoir une durée plus longue que trente ans : elle va durer quarante, cinquante ans, perpétuellement même.

D'après Doneau, jusqu'à Justin, l'action hypothécaire suivra absolument le sort de l'action principale, mais depuis ce prince, elle s'éteindra par quarante ans toutes les fois que l'action personnelle durera elle-même plus de quarante ans.

Malheureusement pour Doneau, il existe un texte absolument contraire à son système, la constitution 2, au Code (*De l'itione pignoris*, VIII, 31) qui dit : *Intelligere debes vincula pignorum durare personali actione submota*. Tu dois comprendre que le gage subsistera

après l'extinction de l'action personnelle. Quoi de plus formel en somme contre Doneau; aussi ne trouvant aucune explication plausible de la constitution 2, *De luitione pignoris*, il a imaginé d'insérer la négation *non* entre les mots *pignorum* et *durare*, et il l'écrit ainsi : *Intelligere debes vincula pignorum non durare*.

Ce qui fait que le texte concorde absolument avec sa manière de voir. Mais on ne peut admettre une pareille façon de se rendre les textes favorables; il serait facile ainsi d'avoir toujours raison.

Cujas explique la Constitution 2, *De luitione pignoris* d'une façon beaucoup plus satisfaisante. Il fait remarquer que dans ce texte l'empereur Gordien donne une solution à une hypothèse qu'on lui avait donnée à résoudre. Où faut-il chercher l'énoncé de cette hypothèse? Tout simplement dans la constitution précédente : *Qui pro parte hæres extitit, nisi totum debitum exsolvat portionem ex pignoribus recipere non potest*. Ce texte proclame le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et la loi 2, *De luitione pignoris* n'en serait que la conséquence. Un héritier qui aura payé sa part contributoire dans une des dettes de la succession cessera d'être tenu personnellement, mais il pourra être poursuivi hypothécairement sur le bien de la succession dont il a hérité en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il ne serait donc nullement question dans la loi 2 du point de savoir si la prescription de l'action personnelle éteint par contre-coup

ou non l'action hypothécaire (Cujas, *sub hac lege*).

Nous croyons cependant devoir rejeter l'interprétation trop restrictive donnée par Cujas de la Constitution de Gordien, sans vouloir exagérer l'importance de ce texte qui manque en réalité de précision, comme l'a fort bien fait remarquer Savigny dans son *Système* (traduct., t. V, p. 422), on peut dire, que rien ne permet d'établir un rapport aussi étroit que le veut Cujas entre les deux Constitutions; la Constitution précédente n'est même pas du même empereur. Il faut donc admettre que la loi 2, *De luitione pignoris* doit être prise isolément, et alors le terme *actione submota* semble comprendre évidemment l'extinction de l'action par la prescription.

D'ailleurs, et c'est ici une grave objection que l'on peut faire à la doctrine de Doneau, l'interruption de la prescription de l'action principale aura pour effet immédiat d'interrompre la prescription de l'action hypothécaire. Si le débiteur constitue un nouveau titre, si le créancier intente l'action personnelle, les deux prescriptions seront interrompues à la fois. Un texte est très formel en ce sens. Dans la Constitution 3, *Code De annali exceptione*, VII, 40, Justinien se demande ce qu'il faudra décider : *Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariz autem actionis nulla mentio procedebat*. Et il ajoutait que pour plusieurs la prescription était interrompue seulement à l'égard de l'action personnelle, l'action hypothécaire continuant à se

prescrire. L'empereur répudie absolument cette manière de voir et il décide : *Qui obnoxium suum in iudicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, tantummodo autem personales actiones vel hypothecarias continentem nihilominus videri jus suum omne in iudicium deductum et ESSE INTERRUPTA TEMPORUM CURRICULA*. On ne saurait être plus clair, la *conventio* donnée à l'occasion d'une seule des actions ou personnelle ou hypothécaire interrompt la prescription à l'égard de l'autre.

Un jurisconsulte allemand, Kierulff, a perfectionné le système de Doneau, et l'a mis à l'abri du dernier reproche que nous venons de lui faire. Il suppose qu'un débiteur a reconnu la dette qu'il avait contractée, mais qu'en même temps il a eu soin de contredire formellement le droit d'hypothèque, si bien qu'alors il n'y a que l'action personnelle qui est interrompue, et que l'action hypothécaire, si tant il y a qu'une hypothèque ait été constituée, continuera à se prescrire. C'est dans ce cas là, d'après Kierulff, que si l'action personnelle dure plus de quarante ans, l'action hypothécaire elle, sera éteinte après le laps de temps de quarante ans. Kierulff évite ainsi le grave reproche que nous avons fait à Doneau. Les textes sont malheureusement conçus en termes trop généraux pour que l'on puisse en restreindre l'application à une hypothèse aussi rare que celle visée par Kierulff.

Nous maintiendrons donc notre solution à l'en-

contre d'Heimbach, de Doneau et de Kierulff, et nous déciderons que l'action hypothécaire continuera à subsister malgré l'extinction de la dette principale, perpétuellement jusqu'à Justin, pendant dix ans, depuis la constitution *cum notissimi* rendue par cet empereur. Il est à remarquer d'ailleurs que l'extinction de l'obligation principale aura au moins un avantage pour le débiteur. En effet, s'il se trouve que la chose hypothéquée a une valeur inférieure à la dette principale, il se libérera en délaissant, et le créancier sera obligé de se contenter de cette satisfaction, son action personnelle se trouvant éteinte.

Une question intéressante se pose ainsi : la constitution *cum notissimi* est-elle applicable au gage ? L'hypothèque et le gage semblent bien avoir été traités de la même façon dans la législation romaine. C'est ainsi que la loi 5, § 1, *De pignor et hyp.*, XX, 1, déclare qu'*inter pignus et hypothecam tantum sonus nominis differt*. Et cela est vrai, notamment pour la constitution de Théodose II, le gage pas plus que l'hypothèque ne sera susceptible de s'éteindre *tempore*.

Nous croyons cependant que la constitution de Justin soumettant l'action hypothécaire à la prescription de quarante ans, ne doit pas être étendue à l'action résultant du gage. Ce qui le démontre, c'est que dans la constitution *cum notissimi*, Justin ne parle jamais que de l'hypothèque. Bien plus, la prescription par quarante ans, par dix ans de plus que l'action person-

nelle, se comprend très bien pour l'hypothèque, mais pas du tout pour le gage. Le débiteur hypothécaire est resté en possession de sa chose, tandis que le débiteur qui a constitué un gage s'en est dessaisi tout au contraire. Le créancier se trouve en possession de la chose, et par le fait de cette possession, l'extinction de l'action *pigneratitia* lui appartenant ne peut raisonnablement s'accomplir par une prescription quelconque. On ne peut lui reprocher une négligence même minime, et de plus il exerçait son droit du moment qu'il était en possession de la chose.

La constitution de Théodose II n'avait rien innové par rapport aux actions qui étaient soumises avant lui à l'extinction *tempore*. Elles continuaient à se prescrire par le laps de temps qui avait été déterminé par le droit civil et le droit honoraire. Que va-t-il arriver, si avant ou depuis Théodose, une de ces actions temporaires a été garantie par une hypothèque. L'extinction de l'action principale entraînera-t-elle l'extinction de l'action hypothécaire ?

Si nous nous occupons tout d'abord des actions soumises par le prêteur à une prescription annale, nous trouvons un texte que nous avons déjà cité, la loi 50, au Digeste, *De minoribus XXV an.*, IV, 4, qui semble admettre formellement la survivance du *pignus* après l'extinction de l'action annale. Nous avons vu que d'après M. Machéard, il faudrait entendre tout autrement le texte de Pomponius : les mots *pignus manet*

obligatum voudraient simplement dire que l'objet mis en gage redeviendrait, après la *restitutio*, obligé seulement pour le temps qui restait à courir pour assurer l'extinction de l'action annale. Nous avons déjà dit que le texte employait des termes trop formels, *pignus manet obligatum*, pour qu'on puisse s'arrêter à cette interprétation.

On a invoqué à l'encontre de notre solution la loi 30, § 1, *ad legem Aquiliam*, IV, 2, qui vise l'hypothèse suivante : un esclave donné en gage par un débiteur à son créancier a été tué par un tiers. L'action Aquilienne appartiendra sans doute au débiteur propriétaire de l'esclave, mais elle appartiendra aussi exceptionnellement au créancier gagiste quand son débiteur se sera trouvé insolvable, ou lorsque l'action aura été périmée par l'effet du temps.

D'après Cujas et Pothier, le texte ferait allusion, dans cette seconde hypothèse, à l'extinction de l'action par la prescription, mais cette opinion est absolument injustifiable.

Que dit en effet ce texte : que le créancier aura l'action aquilienne *propter inopiam debitoris vel quod litem amisit*, c'est-à-dire quand il y aura eu *péremption d'instance*. Nous devons donc écarter ce texte comme visant une toute autre hypothèse que celle de l'extinction d'une action par la prescription (V. en ce sens Machelard, *Oblig. naturelles*, p. 373) ; voir également Savigny qui dit que les deux manières d'interpréter le texte sont

également soutenables (t. V de la traduction, p. 402 et 423.

Pour les actions rendues exceptionnellement temporaires par le droit civil, les textes font absolument défaut, mais on ne voit aucune raison de traiter différemment ces actions que les actions annales prétoriennes.

Mais ce premier point établi, l'action hypothécaire subsiste après la prescription de l'action personnelle, comment peut-on expliquer cette survivance ?

Une explication fort simple a été proposée, la prescription accomplie laisse subsister une obligation naturelle. C'est cette obligation naturelle qui servira de base à l'hypothèque lorsque l'obligation civile aura disparu par le fait de la prescription. Il est admis unanimement, en effet, qu'une simple *naturalis obligatio* peut être garantie par un gage ou par une hypothèque (L. 5, § 1, *De pignor. et hyp.*, XX, 1 ; L. 14, § 1, *eod. tit.*). Mais nous avons rejeté absolument la survivance de l'obligation naturelle, force nous est donc de chercher ailleurs la justification de la survivance de l'hypothèque.

MM. Machelard (*Oblig. nat.*, p. 497) et Jourdan (*Hypothèque*) ont expliqué ainsi la survivance de l'hypothèque après l'extinction de l'action personnelle. Il semble résulter de la lettre de l'édit Servien, qui organisa l'hypothèque, que les mots *nisi solutum vel satisfactum sit* étaient insérés dans la formule déli-

vrée au créancier hypothécaire : le juge devait alors admettre la prétention de ce dernier toutes les fois qu'il n'y avait pas eu paiement ou autre satisfaction. *Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia aut satisfactum est.*, etc. (L. 13, § 4, *De pignor. et hyp.*, XX, 1 ; voir dans le même sens, L. 30, § 1, *De except. rei judicata*, D., XLIV, 2 ; L. 13, § 1, *Ad Sen. cons. Velleianum*, XVI, 1 ; L. 59, *Pr. ad Sen. consult. Trebellianum*, XXXVI, 1 ; L. 3, § 4, *Depositi vel contra*, XVI, 3). Dans ces conditions quand l'obligation principale ne s'est éteinte que par le fait de la prescription accomplie, on ne pourra pas dire : *soluta est pecunia aut satisfactum est*, l'hypothèque devra donc continuer à vivre. Nous trouvons cette explication parfaitement satisfaisante ; il semble bien résulter en effet des textes, et tout particulièrement de la loi 13, § 4, de *pignoribus et hypothecis*, que l'hypothèque ne s'éteignait que lorsqu'il y avait eu paiement ou autre satisfaction.

On a offert aussi une autre explication de la survivance de l'hypothèque à la dette personnelle. Les détenteurs à titre précaire ne peuvent usucaper tant qu'il n'y a pas eu interversion de titre. On peut fort bien supposer que le débiteur resté en possession de la chose hypothéquée ou engagée n'est qu'un détenteur à titre précaire. Ne détient-il pas, en effet, avec le consentement et au nom du créancier (Duret, Thèse de

doctorat, Bordeaux, 1877, p. 29). Mais cette explication ne nous satisfait pas, on ne comprend pas en effet pourquoi, puisque le débiteur est un détenteur à titre précaire, on a admis que l'action hypothécaire s'éteindra par quarante ans.

CHAPITRE II

PRESCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE AU PROFIT D'UN TIERS DÉTENTEUR

Supposons maintenant que la chose hypothéquée soit sortie des mains du débiteur, et se trouve dans celles d'un tiers. L'hypothèque ne fait nullement obstacle à l'aliénation de la chose par le débiteur, mais l'acheteur n'en acquerra la propriété que sous la charge du droit réel qui la grevait. Cela ne fait aucune difficulté quand l'aliénation est volontaire du fait du débiteur, mais ce dernier a pu être dépossédé soit par une usucapion, soit par une *præscriptio longi temporis* ; l'hypothèque continuera-t-elle alors à grever la chose malgré la prescription accomplie ?

Pour l'usucapion, il est un texte qui ne peut laisser aucun doute. L'hypothèque ne périra pas par le fait de l'usucapion accomplie contre le débiteur : *Pignoris enim causam*, dit Papinien, *nec usucapione perimi placuit quoniam quæstio pignoris ab intentione domini separatur*, L. 1, § 2, D., *De pignor. et hyp.*, XX, 1 (voir également la loi 44, § 5, D., *De usurp. et usucap.*, XLI, 3).

Dans un certain sens on peut cependant dire que l'usucapion aura un certain effet à l'égard de l'hypothèque. Si le débiteur a déclaré engager les fruits à la sûreté de la dette, l'*usucapiens*, ignorant cette clause, fera les fruits siens par la *séparation* (L. 1, § 2, D., *De pign. et hyp.*). Le texte dit bien que les fruits ne seront acquis que par la consommation, mais il est évident que le texte a été corrigé par Tribonien pour le mettre d'accord avec la nouvelle doctrine introduite par Dioclétien et Maximien dans la constitution 22, au Code, *De rei vindic.*, III, 32.

La *præscriptio longi temporis* de dix ans et de vingt ans aura-t-elle les mêmes effets que l'usucapion? éteindra-t-elle ou non l'hypothèque? La question est vivement controversée. D'après un certain nombre d'auteurs (Ducaurroy, *Inst.*, t. I, p. 369 et 370; Demangeat, *Cours de droit romain*, t. I, p. 536-538; Ortolan, *Explic. historique des Inst.*, II, n° 158), la *præscriptio longi temporis* éteignait le droit d'hypothèque constitué par le débiteur en même temps que le droit de ce dernier. On se base dans cette opinion sur les lois 1 et 2, Code, *Si advers. credit*, VII, 36, et sur la loi 12, Digeste, *De diversis temporalibus præscript.*, XLIV, 3.

Mais ces deux textes sont loin d'avoir le sens que leur donnent les auteurs que nous avons cités. La constitution 1, *Si adversus creditorem*, dit tout simplement que le créancier contre lequel aura été invoquée avec succès la *præscriptio longi temporis* par le tiers

détenteur, conservera toujours son action personnelle contre le débiteur. Mais on peut très bien supposer que cette *præscriptio longi temporis* qui éteint l'action hypothécaire du créancier, c'est la prescription même de l'hypothèque et non pas la prescription acquisitive du bien du débiteur. Quant à la loi 12, au Digeste, *De diversis temporalibus præscrip.*, elle est encore moins concluante.

Nous déciderons, au contraire, avec MM. Labbé (11^e édition d'Ortolan, I, p. 360, note 4) et Accarias, t. I, n^o 245, que la *præscriptio longi temporis* laissera subsister l'hypothèque aussi bien que l'usucapion. Cette opinion se base sur un texte précis, la constitution 2, C. *Si advers. cred. præscrip.*, VII, 36. Les empereurs Dioclétien et Maximin supposent qu'une personne a reçu donation d'une chose dont le donateur n'était pas propriétaire, et qui se trouvait avoir été hypothéquée par le véritable propriétaire. Ils décident tout d'abord que *vingt ans* s'étant écoulés la donation s'est trouvée validée. Et ils ajoutent que le donataire pourra opposer au créancier hypothécaire la prescription de *dix ans*. Ce qui implique bien qu'il y avait deux prescriptions parfaitement indépendantes l'une de l'autre.

Ce premier point établi, l'hypothèque est opposable au tiers détenteur, devenu propriétaire soit par aliénation volontaire, soit par usucapion, soit par

præscriptio longi temporis, quelles seront les règles applicables à la prescription de l'hypothèque au profit des tiers détenteurs?

L'hypothèque peut tout d'abord s'éteindre par le fait de la prescription de la dette principale. Ici, à la différence de ce que nous avons décidé pour le cas où le débiteur est resté en possession de la chose hypothéquée, l'hypothèque ne survivra pas à la dette principale. On appliquera purement et simplement le principe : *accessorium sequitur principale*. On y fait une exception quand le débiteur est resté en possession de la chose, mais cette exception doit s'entendre dans un sens étroit et ne peut pas être étendu à un autre cas.

Supposons maintenant, tout au contraire, que la dette principale soit toujours existante : quelle sera la prescription applicable à l'hypothèque? Nous avons vu que la *præscriptio longi temporis* n'éteignait pas par contre-coup l'hypothèque, mais elle pouvait fort bien l'éteindre d'une façon spéciale. Donc, toutes les fois que les conditions auront été réalisées, qu'il y aura eu juste titre, ignorance de l'hypothèque et écoulement du laps de temps déterminé (dix ans si le prescrivait habite la même province que le créancier hypothécaire, vingt ans s'il habite une autre province), le tiers détenteur pourra se prévaloir de la *præscriptio longi temporis*.

Cette prescription peut s'accomplir dans une série d'hypothèses qu'il est intéressant d'examiner.

A. Le tiers détenteur a acquis, du chef du véritable propriétaire, mais il existait sur la chose une hypothèque dont il n'a pas eu connaissance : il prescrira par dix ou vingt ans contre cette hypothèque, selon la distinction plus haut citée.

B. Le tiers détenteur a acquis *a non domino* une chose qui était grevée d'une hypothèque dont il ignorait l'existence : deux prescriptions complètement distinctes courront l'une contre le propriétaire, l'autre contre le créancier hypothécaire.

C. Le tiers détenteur a acquis *a non domino* le sachant, mais ignorant l'hypothèque, il ne prescrira que cette dernière ; ou inversement il connaissait l'hypothèque, mais ignorait que l'aliénateur fût propriétaire, il ne prescrira que la propriété.

Quel était l'effet de la *præscriptio longi temporis* accomplie au profit d'un tiers détenteur ? Originellement elle ne lui donnait qu'une exception qui lui permettait de repousser le créancier hypothécaire agissant ; et la rigueur des principes aurait alors voulu que, s'il venait à être dépossédé, il ne pût agir contre le créancier hypothécaire en possession de la chose hypothéquée. Mais le prêteur lui accorda une revendication utile qui lui permit de réclamer sa chose à l'encontre du créancier hypothécaire. C'est en vain que celui-ci opposerait l'*exceptio rei pignori datæ* ; il serait repoussé par une réplique *rei per longum tempus possessæ* (V. Const., 8 pr. *De præscript.*, XXX *vel* XL an ., C. VII, 39).

A partir de quel moment courait la *præscriptio longi temporis* de l'hypothèque? Il semble que l'on ne saurait faire de doute : la prescription commencera à courir dès le moment même où le tiers détenteur est entré en possession avec les conditions de juste titre et de bonne foi. Mais la raison de douter est venue de cette règle que nous avons émise à propos de la prescription extinctive des actions : une action ne pourra commencer à se prescrire que quand le titulaire du droit pourra l'intenter. On en conclut que la prescription ne se mettra à courir que du jour où le créancier hypothécaire pourra intenter son action. Le principe est juste pour la prescription des actions, fondée sur la négligence du créancier, mais il ne l'est plus pour la *præscriptio longi temporis* de dix ou vingt ans, qui repose au contraire sur un élément positif émanant du prescrivante, la possession accompagnée de juste titre et de bonne foi. Nous permettrons d'ailleurs au créancier hypothécaire d'agir pour interrompre la prescription : son action est fondée quand il y a péril en la demeure. Peut-être sera-t-il repoussé ; mais la mise en exercice de son action aura interrompu la prescription.

Justinien fondit ensemble l'*usucapio* et la *præscriptio longi temporis* (Const. unique. *De usucap.*, transform., VII, 31). Il décida, notamment, que désormais les meubles se prescriraient par trois ans. Devons-nous en conclure que quand un meuble aura été hypothéqué,

désormais le tiers détenteur prescrira par trois ans. Cujas l'a soutenu, *ad. tit.*, XXXVI, 15, *advers. credit.*, t. IX, p. 1226).

Nous croyons cependant devoir nous ranger à une solution contraire. Dans les textes, on ne trouve aucune distinction entre les meubles et les immeubles, au point de vue de la *præscriptio longi temporis* de l'hypothèque. Il est donc probable que Justinien laissa survivre l'ancienne règle de la prescription de l'hypothèque par dix ou vingt ans, sans distinction entre les meubles et les immeubles.

L'hypothèque pouvait prendre fin par la *præscriptio longi temporis*; supposons maintenant que par le fait de la mauvaise foi du tiers détenteur, elle n'ait pas pu se réaliser, ou bien que ce dernier n'eut pas un juste titre. La prescription de trente ans, créée par Théodose, s'appliquera-t-elle alors? Il ne faut pas hésiter à l'admettre. La Constitution 3, *De præscript.*, XXX, *vel* X, 4 *an.*, semble formelle en ce sens : « *Eodem etiam* »
« *jure in ejus persona valente qui pignus vel hypothe-* »
« *cam non a suo debitore sed ab alio per longum tempus* »
« *nititur vindicare.* »

En outre, la prescription de quarante ans pouvait s'appliquer dans un certain cas au tiers détenteur. Cela se présentait quand ce tiers détenteur était un créancier hypothécaire postérieur (L. 7, § 2, *De præscript.*, VII, 39). Dans ce cas, le créancier antérieur pouvait agir contre lui pendant quarante ans, si le débiteur

vivait encore, car le créancier postérieur était supposé posséder pour le débiteur. A la mort du débiteur, le créancier nanti commencera une prescription de trente ans; mais s'il veut se prévaloir du temps couru antérieurement, il ne pourra invoquer que la prescription de quarante ans.

Quel sera l'effet de cette prescription de trente ou quarante ans? Ne donnera-t-elle lieu qu'à une exception, ou permettra-t-elle à celui qui a prescrit d'agir en revendication contre le créancier hypothécaire qui l'a dépossédé. A-t-il été de bonne foi, il pourra revendiquer; a-t-il, au contraire, eu connaissance de l'hypothèque, il sera réduit à une exception, il ne pourra pas intenter la *rei vindictio* contre le créancier hypothécaire qui l'a dépossédé.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

INTRODUCTION

La promesse de vente peut se présenter sous deux aspects bien différents : elle peut être ou synallagmatique ou unilatérale. Supposons tout d'abord qu'une personne s'engage à vendre la chose qui lui appartient, en même temps qu'une autre s'engage à la lui acheter : ce double engagement constitue la promesse synallagmatique de vendre. Supposons, au contraire, que le contrat n'engage qu'un seul des contractants : ainsi, Primus s'engage à vendre sa chose à Secundus sur sa réquisition, et sans aucune obligation réciproque de ce dernier ; ou inversement c'est Secundus seul qui s'oblige à acheter, Primus restant maître de requérir ou

non l'exécution de la promesse. Dans le premier cas, nous avons une promesse unilatérale de vendre, dans le second une promesse unilatérale d'acheter.

Si nous nous demandons maintenant quel peut être l'intérêt pratique de nos deux promesses, il faut bien avouer que l'on conçoit mal à quoi peut servir la promesse synallagmatique. L'art. 1589 du Code civil ne dit-il pas expressément : « Promesse de vente vaut vente. » D'où il suit que la promesse réciproque de vendre et d'acheter n'est autre chose qu'une vente proprement dite, et fait double emploi évident avec ce dernier contrat. Pour lui trouver quelque utilité il faudrait supposer que la promesse a été faite avec cette clause que la vente ne serait conclue qu'à une époque ultérieure, mais alors on serait arrivé au même résultat par l'apposition d'une condition suspensive. Tout autre, au contraire, est l'utilité pratique de la promesse unilatérale de vendre, elle est fort avantageuse tout d'abord comme convention accompagnant un contrat de bail. Une personne désirant se rendre acquéreur d'un immeuble, le loue tout d'abord préliminairement, tout en stipulant le droit d'en devenir propriétaire soit au cours, soit à la fin de la jouissance. Pendant la durée du bail elle fait pour ainsi dire l'essai de l'immeuble, et elle peut ensuite s'en porter acquéreur en pleine connaissance de cause. La promesse unilatérale offre d'ailleurs un intérêt à un second point de vue. Elle peut intervenir sous la forme d'un pacte de

préférence. Ainsi, par exemple, un vendeur stipule que dans le cas où son acquéreur se décidera à aliéner, préférence lui sera donné sur tous autres. La promesse unilatérale d'acheter offre aussi un certain intérêt pratique. On comprend fort bien qu'une personne décidée à vendre, mais seulement après un certain délai, accepte l'offre d'une autre personne disposée à acheter. Le stipulant s'assure ainsi d'un acheteur pour le moment où la vente lui sera devenue possible ou avantageuse.

Le Code civil, dans le titre qu'il a consacré à la vente, s'est montré d'une extrême brièveté sur la matière des promesses de vente ; un article sur la promesse synallagmatique (art. 1589), un autre article sur la même promesse accompagnée d'arrhes, et rien, absolument rien, sur la promesse unilatérale, soit de vendre, soit d'acheter. Les rédacteurs du Code, cela résulte très nettement des travaux préparatoires, n'y ont pas songé un seul instant. C'est d'autant plus singulier, que Pothier, leur guide habituel, a consacré d'assez longs développements à la promesse unilatérale ; il est même remarquable qu'il n'ait songé qu'à elle, en laissant complètement de côté la promesse synallagmatique. C'est ce qui résulte de la définition qu'il a donné de la promesse de vente, qu'il oppose à la vente en ces termes :

« Le contrat de vente est un contrat synallagmatique, que, par lequel chacune des parties s'oblige l'une

« envers l'autre, mais la promesse de vente est une
« convention par laquelle il n'y a que celui qui pro-
« met de vendre qui s'engage ; celui à qui est faite la
« promesse de vente ne contracte de sa part aucune
« obligation » (Vente, n° 479).

Comment s'expliquer alors le silence absolu gardé par les rédacteurs du Code ; peut-être ont-ils pensé qu'il serait facile de résoudre toute difficulté sur la matière, en recourant, soit aux règles générales des obligations, soit aux règles particulières du contrat de vente.

Quoiqu'il en soit, ils se sont très nettement expliqués sur la promesse synallagmatique, et ils ont laissé à la jurisprudence et aux interprètes le soin d'établir la nature et les effets de la promesse unilatérale de vente.

Le silence du Code fit naître une première difficulté, on se demanda si l'on ne devait pas en conclure la non validité de la promesse qui nous occupe. Quoique rien ne permit de le soutenir, c'est cependant dans ce sens que se prononcèrent tout d'abord les auteurs et la jurisprudence. Ce ne fût qu'après de longues hésitations que la Cour de cassation se décida enfin, à reconnaître la pleine validité de la promesse unilatérale de vendre. Ce premier point résolu, on se trouva alors en face de la grande difficulté de la matière ; quelle est la nature ? Quels sont les effets de la promesse unilatérale ? Parmi les auteurs, les uns y voyaient une simple promesse

de faire, les autres une promesse de *dare*, c'est-à-dire, de transférer la propriété.

De ces prémisses les deux opinions tiraient les conséquences, et il se trouvait par la force même des choses qu'elles étaient notablement différentes. L'intérêt à prendre partie sur la question se présentait d'ailleurs non seulement au point de vue des effets de la promesse unilatérale, au sujet du droit civil, mais encore au point de vue tout particulier de la perception des droits d'enregistrement et de transcription. Nul n'ignore, en effet, que les solutions à donner en cette matière sont absolument commandées par les principes posés en matière civile.

C'est ce double intérêt offert par la promesse unilatérale au point de vue du droit civil, et à propos de la perception des droits d'enregistrement et de transcription, qui nous a décidé à en entreprendre l'étude. Il nous a semblé intéressant de rechercher dans quel sens se sont prononcés la jurisprudence et les auteurs sur l'importante question de la nature de la promesse de vente, et de rechercher jusqu'à quel point les solutions par eux données sont d'accord avec les principes de la loi.

Nous ne nous occuperons pas de la promesse synallagmatique de vente. La loi en a très nettement déterminé les effets dans l'art. 1589 du Code civil : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le

« prix » Nous donnerons donc à la promesse tous les effets de la vente : en matière civile il en résultera que les deux obligations naîtront immédiatement à la charge du vendeur et de l'acheteur, et que la propriété se trouvera transférée à ce dernier par le seul fait de la promesse, conformément aux art. 1138 et 1583 du Code civil ; il s'en suivra, en matière fiscale, que le droit proportionnel de mutation immobilière (5 1/2 p. 0/0) deviendra immédiatement exigible aux termes de l'art. 52 de la loi du 28 avril 1816.

Nous ne nous arrêterons pas non plus à la promesse unilatérale d'acheter, les effets en sont faciles à déterminer, et elle n'a jamais donné lieu à de grandes contestations. Elle a d'ailleurs un intérêt pratique sensiblement moindre de celui qu'offre la promesse unilatérale de vendre. Nous nous en tiendrons donc à l'étude de cette dernière promesse et voilà quel sera le plan que nous suivrons.

Dans une première partie, nous traiterons la question tout d'abord en droit romain, puis dans notre ancienne législation française.

Dans une seconde partie, nous aborderons l'étude de la promesse unilatérale de vendre dans notre droit actuel. Un premier chapitre sera consacré à la question de la validité de la promesse unilatérale aux modalités dont elle est susceptible, etc.

Dans un second, nous aborderons la controverse soulevée sur la nature de la promesse, et nous formu-

lerons la doctrine à laquelle nous nous rallions. Enfin, dans un troisième et un quatrième chapitre, nous exposerons quels sont les effets de la promesse unilatérale, telle que nous l'aurons déterminée, tout d'abord, au point de vue du droit civil, ensuite à propos des droits d'enregistrement et de transcription.

PREMIÈRE PARTIE

Historique de la promesse unilatérale de vendre.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PROMESSE DE VENTE EN DROIT ROMAIN

La simple convention dans le droit civil romain ne pouvait donner naissance à une action : *ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* (L. 6, *De pactis*, II, 14).

Le droit civil avait admis exceptionnellement quatre contrats basés sur le seul consentement, la vente, le louage, la société et le mandat. Mais il n'était pas allé plus loin, et, à l'exception des pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi ou à une dation, les pactes nus, c'est-à-dire dénués des formes légales n'étaient sanctionnés par aucune action. Le prêteur par

la suite avait bien admis que la simple convention fournirait une exception, mais il ne protégeait ainsi que les pactes *de non petendo*, les autres restaient privés de sanction. On comprend alors que si la promesse de vente intervenait dans de semblables conditions, elle n'avait aucun effet à l'égard du promettant ; on ne pouvait le contraindre à exécuter sa promesse. Mais il ne faudrait pas en conclure que la promesse de vente ne put jamais être rendue obligatoire : on pouvait arriver à ce résultat par la stipulation ; de plus la convention pouvait trouver une sanction dans l'action *præscriptis verbis*, quand on se trouvait dans des conditions telles qu'il y eût contrat innomé.

La stipulation, à Rome, était la forme normale de contracter, elle se prêtait à toutes les conventions que les parties voulaient former : une interrogation de la part du stipulant, une réponse concordante de la part du promettant, toutes deux faites dans les termes déterminés par la loi, et la convention se trouvait obligatoire pour le promettant. Rien n'était plus simple alors que de donner pleine force à la promesse de vente. Voulait-on faire une promesse synallagmatique, on recourait à une double stipulation. Dans la première, celui qui s'engageait à vendre répondait affirmativement à la demande de son contractant : promets-tu de me vendre ta chose. Dans la seconde, au contraire, c'était le futur acheteur qui répondait : je promets d'acheter sur la demande du futur vendeur. Les

deux parties se trouvaient désormais liées l'une envers l'autre.

Pour les promesses unilatérales on procédait d'une façon absolument identique, seulement au lieu de deux stipulations, il n'y en avait plus qu'une. Voulait-on faire une promesse unilatérale de vendre, le stipulant interrogeait le promettant, qui, sur sa réponse concordante, se trouvait engagé. Au contraire, voulait-on faire une promesse d'acheter, les rôles étaient intervertis, le futur acheteur répondait affirmativement à l'interrogation du futur vendeur : promets-tu de m'acheter.

Dans ces différents cas, le stipulant était muni de l'action *ex stipulatu*, mais elle ne donnait jamais lieu qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution de la promesse, estimés d'après la règle : *Tanti litem æstimari oportet, quanti actoris intersit* (L. 111, § 1, Digeste, *De verb. oblig.*).

Nous avons dit que la loi romaine offrait un second moyen pour rendre obligatoire la promesse de vente. Le droit civil refusant toute sanction aux simples pactes, parut de bonne heure trop rigoureux aux jurisconsultes romains. Nombre de conventions ayant un caractère vraiment pratique, demeuraient sans sanction, parce qu'elles ne rentraient pas dans le nombre des conventions expressément munies d'action par le droit civil.

On voulut remédier à cet état de chose, et un premier progrès fut réalisé ; on attribua des effets plus ou

moins étendus, selon des distinctions que nous ne pouvons faire ici, aux pactes adjoints tant à un contrat qu'à un transfert de propriété. On admit également que celui qui avait fait une *datio ob rem*, pourrait réclamer la restitution de la chose par la *condictio ob rem dati*, ou *causa data causa non secuta*.

Mais on ne s'arrêta pas là, et on arriva enfin à décider que toute convention synallagmatique pourrait être rendue obligatoire pour l'une des parties par ce seul fait que l'autre aurait exécuté son obligation. Les conventions ainsi sanctionnées ont reçu des commentateurs du droit romain, le nom de contrats innomés, par opposition aux contrats dont le droit civil s'est expressément occupés. Quatre combinaisons différentes pouvaient se présenter en matière de contrats innomés : *do ut des*, *dout facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. La partie qui exécutait son obligation était munie de l'action *præscriptis verbis*, pour poursuivre l'exécution de l'obligation réciproque de son contractant.

Or, et c'est ici que nous voulons arriver, la promesse de vente tant unilatérale que synallagmatique pouvait fort bien faire l'objet d'un contrat innomé. Pour la promesse réciproque de vendre et d'acheter, la partie qui voulait s'en prévaloir commençait par accomplir son obligation, puis elle poursuivait l'autre partie en exécution de son obligation réciproque. Pour la promesse unilatérale, soit de vendre, soit d'acheter, il en était absolument de même, le stipulant agissait comme

s'il y avait eu véritable contrat synallagmatique et exécutait l'obligation qui lui serait alors incombée, puis il agissait en exécution de la promesse. La question intéressante de la matière est celle de savoir si l'action *præscriptis verbis* permettait de poursuivre directement la chose ou l'exécution du fait ou si elle ne donnait lieu qu'à de simples dommages-intérêts. Sous la procédure extraordinaire, l'intérêt de la question apparaît évident. A cette époque, en effet, le juge condamnait le défendeur directement à la livraison de la chose ; tout au contraire on ne voit pas l'utilité de prendre parti sur la difficulté sous le régime de la procédure formulaire : la condamnation prononcée n'y était jamais que d'une somme d'argent. Mais un examen approfondi révèle que même sous la procédure formulaire, il y avait intérêt à décider si l'action *præscriptis verbis* se résolvait ou non en dommages-intérêts. En effet, si le défendeur ne pouvait être condamné qu'à des dommages intérêts, ni la perte fortuite de la chose, ni l'impossibilité matérielle d'exécuter le fait ne le libéraient ; en second lieu, la condamnation pouvait être évitée en payant une somme d'argent représentative de l'intérêt qu'avait le demandeur à l'exécution de la promesse ; ainsi le voulait la maxime : *Omnia judicia absolutoria sunt*. Quelle solution allons-nous donner ? Pour nous, on ne saurait hésiter, l'action *præscriptis verbis* permettait de poursuivre directement la chose ou l'exécution du fait.

Deux textes sont très probants en ce sens : l'un de Paul décidant que les risques sont à la charge du créancier dans l'hypothèse d'un contrat innomé (L. 5, § 1 et 2, D., *De præscript. verbis*) : l'autre, de Papinien, formulait nettement le principe pour le cas d'une délégation : le défendeur ne peut éviter la condamnation, s'il n'a pas fait la délégation (L. 9, *huj. tit.*). V. Accarias, *Théorie des contrats innomés* (p. 89 et suiv.).

Si nous appliquons cette théorie générale à la promesse unilatérale de vente, nous voyons que le stipulant pouvait poursuivre directement la livraison de la chose : il pouvait obtenir mieux que de simples dommages intérêts. Il nous faut en tirer la conclusion que la promesse unilatérale était plus avantageuse quand elle se présentait sous la forme d'un contrat innomé que lorsqu'elle avait été faite dans les formes de la stipulation. Dans ce dernier cas, en effet, l'action *ex stipulatu* ne permettait de réclamer que des dommages intérêts calculés sur le préjudice causé au stipulant, tandis que si ce dernier avait exécuté la prestation à laquelle il n'était pas originairement engagé, il pouvait poursuivre la chose elle-même.

Nous ferons enfin remarquer, pour en finir avec la promesse de vente en droit romain, qu'elle pouvait se présenter sous la forme d'un pacte de préférence. Un vendeur stipulait que, pour le cas où son acquéreur aliénerait, préférence lui serait donné sur toute autre

personne. On ne saurait douter qu'une semblable clause ne fut parfaitement valable : le pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi était sanctionné par l'action même du contrat. Dans notre espèce l'action *venditi* permettait au vendeur de poursuivre le promettant qui n'exécutait pas le *pactum præferentiæ*. C'est ce qui ressort d'un texte du Digeste :

Si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii venderis (L. 21, p. 5, *De act. empt.*).

SECTION II

DE LA PROMESSE DE VENTE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Nous avons vu comment en droit romain la promesse de vente pouvait être rendue obligatoire. Faite comme simple convention, elle était dénuée d'action, mais si on avait eu soin de la revêtir des formes de la stipulation, ou si on se trouvait dans des conditions telles qu'il y eut contrat innomé, elle acquérait alors pleine force obligatoire. Mais si nous nous plaçons maintenant à une époque beaucoup plus rapprochée de nous, vers le commencement du xvi^e et la fin du xv^e siècles de notre ère, nous voyons une autre difficulté s'élever entre les commentateurs du droit romain

sur la promesse de vente. A cette époque, on était d'accord unanimement pour reconnaître que cette promesse était valable comme simple convention. Force fut donc de se poser ces deux questions toutes nouvelles :

Quelle est la nature de la promesse de vente envisagée comme simple convention ? Quels en sont par suite les effets ? Une première doctrine professée par Tiraqueau dans son *Traité du retrait conventionnel*, décide que la promesse de vente est un contrat parfaitement valable mais distinct du contrat de vente. Rigoureusement, la promesse ne devrait donner naissance à la charge du promettant qu'à une obligation de passer la vente, et le stipulant ne pourrait poursuivre la livraison de la chose qu'après l'exécution de cette première obligation. Mais en décidant ainsi, on contraindrait ce stipulant à tout un circuit d'actions. Pour y remédier, Tiraqueau a imaginé de permettre directement au bénéficiaire de la promesse d'agir en livraison de la chose, moyennant le paiement du prix convenu entre les parties, ou à défaut, fixé par experts. Le cas prévu par le jurisconsulte dans son *Traité du retrait* (*ad fin. tit.*, p. 690, n° 25) est celui-ci : une personne a vendu la chose à elle appartenant et elle a stipulé non pas le rachat, car alors évidemment elle pourrait réclamer sa chose, mais ce fait que l'acheteur lui donnerait la faculté de racheter dans un certain délai.

« *Quæro, quid si in contractu non fuit concessa fa-*

« *cultas redimendi, sed tantum emptor promisit dare*
« *venditori eam facultatem redimendi intra certum*
« *tempus.* » Il y a bien là une promesse de vente, ou
mieux de revente, et l'on ne saurait douter non plus
que la promesse ne soit unilatérale. Cependant Tira-
queau n'hésite pas à dire que le vendeur pourra agir
directement en délivrance de sa chose, moyennant le
payement du prix convenu. Et il ajoute que telle était
la manière de voir d'Alexandre, Jason, etc. Supposez,
disait-on dans cette doctrine, que vous ayez promis de
vous obliger à me donner dix dans un certain délai. A
l'expiration de ce délai, il est certain que je pourrai
exiger de vous non pas seulement que vous vous enga-
giez envers moi, mais que vous me donniez les dix
convenus. En effet, si vous n'avez pas rempli votre en-
gagement dans le laps de temps déterminé, je suis en
droit de le considérer comme accompli et d'en pour-
suivre directement l'exécution, c'est-à-dire le payement
des dix.

L'opinion de Tiraqueau se trouvait absolument re-
jetée par une autre série de jurisconsultes, parmi les-
quels il faut citer tout d'abord Dèce, puis Angelus,
Imola, Salicet, etc. Ils disaient : celui qui promet de
vendre ne s'engage après tout qu'à passer une vente ;
il ne s'oblige nullement à opérer la tradition de la
chose vendue : *Obligatus ad vendendum liberatur ven-*
dendo simpliciter, nec per talem obligationem obli-
gatur ad tradendum. Si, poursuivi en exécution de

sa promesse, le promettant s'exécute, rien de plus simple ; mais s'il refuse de passer la vente, il ne pourra être condamné qu'à des dommages-intérêts. L'obligation à laquelle il est soumis n'est en effet qu'une obligation de faire, et ce principe est là : *ad factum quid præcise nemo tenetur*. Le motif allégué par Tiraqueau pour justifier sa doctrine éviter les circuits ne saurait avoir aucune valeur. Il ne faut pas, en effet, sous prétexte d'éviter au stipulant toute une série d'actions, changer complètement le caractère d'une obligation. La promesse est une promesse de faire, rien de plus ; le stipulant agira tout d'abord pour obtenir du promettant la passation de la vente ; ce n'est qu'après l'exécution préliminaire de cette obligation qu'il pourra réclamer la livraison de la chose. Et l'on faisait remarquer dans cette doctrine que ratifier et promettre de ratifier, cautionner et promettre de cautionner, ne sont pas la même chose, qu'on ne pouvait en conséquence dire que vendre et promettre de vendre pussent donner les mêmes résultats.

Ces deux opinions, à mon avis, étaient toutes deux trop absolues. Tiraqueau allait trop loin en permettant de réclamer la livraison de la chose ; ce n'est que par des subtilités qu'il arrivait à étayer son système. Dèce, de son côté, était beaucoup trop rigoureux pour le stipulant ; il y avait dans son système, d'ailleurs, une vraie erreur : la promesse de vente ne doit donner lieu qu'à des dommages-intérêts. Cela est vrai quand l'exé-

cution est impossible par tout autre que le promettant, mais tel n'est pas le cas pour la promesse de vente : on peut très bien passer outre au refus d'exécution, la justice interviendra et son jugement tiendra lieu de contrat. Cette idée de l'intervention de la justice pour suppléer au refus d'exécution du promettant, fut assez longue à s'établir dans l'ancienne législation française.

Deux auteurs, MM. Troplong (Vente, n° 170) et Aubépin (*Revue critique*, ann. 1839, p. 179 et 399) ont attribué la paternité de cette doctrine intermédiaire à Tiraqueau. Mais cette opinion est injustifiable ; les textes du jurisconsulte sur lesquels on se base ont un tout autre sens que celui qu'on veut leur prêter. En réalité, Tiraqueau n'a jamais soutenu qu'un système, tant pour la promesse synallagmatique que pour celle qui n'est qu'unilatérale ; savoir : que l'on pourra poursuivre directement la livraison de la chose.

C'est au parlement de Paris que revient l'honneur d'avoir mis en relief le nouveau système, intermédiaire entre celui de Dèce et celui de Tiraqueau.

Originellement, il s'était rallié à l'opinion de ce dernier, mais bientôt il le répudiait et décidait désormais que si l'on ne pouvait pas poursuivre directement la délivrance de la chose, on pouvait au moins obtenir un jugement qui tiendrait lieu de contrat (voir deux arrêts en ce sens, l'un de fév. 1595, cité par Mornac, t. II, p. 807, l'autre du 2 mars 1607).

Mais ce qui est particulièrement remarquable dans

la nouvelle jurisprudence du parlement de Paris c'est qu'il l'applique non seulement aux promesses synallagmatiques, mais, ce qui nous intéresse tout spécialement, *aux promesses unilatérales*. C'est ce qui résulte très nettement d'un arrêt rendu le 28 mai 1658 dans une espèce ainsi rapportée dans le *Journal des Audiences* (t. I, p. 733).

« En 1650, M. de Bouillon fit une promesse sous
« seings privés au sieur de Bergue gentilhomme, de
« lui vendre les seigneuries de basse, moyenne et
« haute justice de Moussons et Barnes, lequel en était
« possesseur par engagement du roy, en cas qu'il traitât par échange avec le roy de la comté de Beaumont, d'où dépendaient ces terres, en contre-échange
« du domaine de Sedan, appartenant à M. de Bouillon. » On ne peut douter un seul instant qu'il ne s'agisse ici d'une promesse unilatérale. En nul endroit, tout d'abord le sieur de Bergue ne paraît avoir fait une promesse réciproque; de plus, sur quels motifs se basaient les héritiers du duc de Bouillon, défenseurs du procès, pour faire rejeter la prétention du demandeur? Sur ce fait que la promesse n'avait pas été signée du sieur de Bergue, ce qui faisait qu'elle n'était pas synallagmatique, et que, par suite, on ne devait en tenir aucun compte. C'était donc sur le caractère unilatéral de la promesse que se basaient les défenseurs; et cependant le Parlement déclara parfaitement admissible la prétention du sieur de Bergue et condamna les hé-

ritiers du duc de Bouillon à exécuter la promesse, à défaut par eux de ce faire, le jugement devait tenir lieu de contrat.

La jurisprudence du Parlement était donc très nette ; la promesse unilatérale devait être traitée absolument comme la promesse synallagmatique.

Il nous faut voir maintenant comment les auteurs accueillirent la nouvelle jurisprudence. Trois opinions très différentes se partagèrent leurs suffrages.

Un premier parti dans la doctrine resta résolument partisan de la manière de voir de Dèce. La promesse de vente, fût-elle synallagmatique, fût-elle simplement unilatérale, ne donnera jamais lieu qu'à des dommages-intérêts. Tel était, notamment, l'avis de Henrys (t. II, p. 332), de Bretonnier, de Dargou (*Inst. de la France*, t. II, p. 208).

Une seconde classe de jurisconsultes adopta la jurisprudence du Parlement de Paris, mais en en restreignant les effets à la promesse synallagmatique. C'est seulement quand il y avait promesse de vendre et promesse d'acheter que la justice pouvait, en cas de refus d'exécution, rendre un jugement pour tenir lieu de contrat. Cette solution mitigée était admise par Danty sur Boisceau, *Traité des preuves*, ad. au chap. x, n° 2; Boucheuil, Cout. de Poitou, art. 221, n° 105, t. I, p. 682, et Bourjon (*Droit com. de la France*, liv. III, t. XIV, chap. II, n° 7, t. I, p. 117).

Un certain nombre d'auteurs, enfin, n'hésitaient pas

à adopter la nouvelle jurisprudence dans toute son intégrité.

Qu'il y ait eu promesse unilatérale ou synallagmatique, celui à qui avait été faite la promesse de vendre pouvait, à défaut d'exécution volontaire, obtenir un jugement tenant lieu de contrat.

Ferrière le jeune (*Dictionnaire de pratique*, v° *Promesse de vente*), l'auteur du fameux adage : *Promesse de vente vaut vente*, paraît s'être rangé à cette doctrine. C'est ce qui résulte notamment de ce fait, qu'il cite à l'appui de sa manière de voir, l'arrêt du 28 mai 1658, dont nous avons parlé plus haut, et qui vise une promesse unilatérale. On trouve bien dans Ferrière une distinction, mais elle porte sur un tout autre point. Il faut traiter différemment selon lui les promesses de vendre indéterminées qui ne produiront jamais que des dommages-intérêts, et les promesses de vendre qui sont déterminées, soumises à la règle plus haut exprimée : le jugement tiendra lieu de contrat.

Pothier, lui, est très net ; nous avons vu dans l'Introduction qu'il ne s'occupe que de la promesse unilatérale. Pour en déterminer les effets, il se réfère purement et simplement à la doctrine du Parlement de Paris : « Lorsque celui qui m'a promis de me vendre
« une certaine chose refuse d'accomplir la promesse,
« puis-je l'obliger précisément à l'accomplir en faisant
« ordonner que, faute par lui de passer le contrat de
« vente qu'il s'est obligé de me passer, la sentence

« vaudra pour contrat de vente, et qu'il me sera per-
« mis en vertu de ladite sentence de saisir la chose,
« ou bien, sur son refus, ne puis-je obtenir contre lui
« qu'une condamnation à des dommages-intérêts qui
« s'estimeront à une somme d'argent. » A cette ques-
tion, Pothier répond que l'on ne peut raisonnablement
soutenir que le stipulant doive s'en tenir à de simples
dommages-intérêts ; le principe : *nemo præcise potest
cogi ad factum* est vrai, mais seulement à l'égard des
« obligations de faits extérieurs et corporels, c'est-à-
« dire pour des faits que seul, en réalité, peut exé-
« cuter le promettant. » Mais le fait, qui est l'objet
d'une promesse de vente, n'est pas un fait extérieur et
corporel ; il peut très bien être suppléé ; un jugement
interviendra qui tiendra lieu de contrat (Vente, n° 479).

Telles étaient les différentes doctrines professées
dans l'ancien droit sur la promesse unilatérale de
vendre. L'opinion de beaucoup la plus dominante à
la fin du xviii^e siècle, était celle que nous venons de
voir exposée par Pothier. Il nous faut maintenant
rechercher quels sont la nature et les effets de la pro-
messe unilatérale de vendre sous l'empire du Code
civil ; nous aurons notamment à nous demander si la
promesse a changé de nature, ou s'il faut, au contraire,
admettre purement et simplement la doctrine de
Pothier comme la meilleure dans notre législation
moderne.

DEUXIÈME PARTIE

De la promesse unilatérale de vendre dans notre
droit actuel.

CHAPITRE PREMIER

VALIDITÉ DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE
MODALITÉS DONT ELLE EST SUSCEPTIBLE, ETC.

§ 1. *Validité de la promesse unilatérale.*

« La promesse de vendre », dit Pothier, (Vente, « n° 476), « est une convention par laquelle quelqu'un « s'oblige envers un autre de lui vendre sa chose ». Ce qui résulte très nettement de cette définition, c'est que la promesse unilatérale suppose avant tout un accord de volontés survenu entre deux personnes déterminées.

Il faudrait donc se garder de la confondre avec la simple offre faite par quelqu'un de vendre sa chose. Une semblable pollicitation ne saurait produire aucun effet de droit, le pollicitant restant maître de s'en départir en vertu de sa seule volonté. Pour que nous puissions dire qu'il y a promesse unilatérale de vendre véritable, il faut que l'offre ait été acceptée par celui au profit de qui elle est intervenue. Désormais, deux volontés se seront rencontrées sur un objet déterminé, et un véritable contrat unilatéral se sera formé, facultatif il est vrai pour le stipulant, mais parfaitement obligatoire pour le promettant.

Une première difficulté se pose au seuil même de notre matière ; la promesse qui nous occupe est-elle ou non valable.

Il semble cependant que la question ne puisse être controversée : le Code civil n'admet-il pas implicitement que toute convention qui n'est pas prohibée est valable. C'est cependant dans un sens contraire que ce sont tout d'abord prononcés les auteurs et la jurisprudence. Merlin, le premier, s'occupa de la promesse de vente (*Répertoire*, v^o Vente, VII, n^o 5, et au mot : *non bis in idem*, XVI), et il n'hésita pas à la déclarer non valable. « C'est un principe élémentaire, dit-il, « que la promesse de vendre n'est pas obligatoire pour « celui qui l'a faite, si elle n'est accompagnée de la « promesse d'acheter de la part de celui à qui elle a « été faite. »

A l'appui de sa thèse il faisait valoir que le Code ne s'est occupé que de la promesse synallagmatique, qu'il faut donc en conclure *a contrario*, que la promesse simplement unilatérale ne saurait produire aucun effet de droit.

Mais, il faut bien l'avouer, une pareille manière de raisonner n'est pas concluante. La loi nouvelle est muette sur la promesse unilatérale, c'est vrai, mais, sous l'ancienne jurisprudence, l'opinion de beaucoup, la plus dominante, n'admettait-elle pas la pleine validité d'une semblable promesse. Pothier, n'était-il pas très net en ce sens. Quelques rares auteurs, comme Fonmaur (n° 202), professaient bien une doctrine contraire, mais ils étaient restés isolés. Peut-on conclure alors du silence gardé par les rédacteurs du Code, qu'ils ont entendu changer la législation sur ce point et considérer comme non valable la promesse unilatérale de vendre. Il semble que c'est aller beaucoup trop loin, surtout si l'on réfléchit que l'art. 1103 du Code civil admet la pleine validité des contrats unilatéraux. Or, qu'est-ce pour nous que notre promesse sinon un contrat unilatéral, Ne semble-t-il pas que pour déroger à l'art. 1103, il faudrait au moins un texte formel, si bien que c'est l'absence même de texte qui se retourne contre Merlin, et démontre la fausseté de sa doctrine.

Toullier professait la même opinion que Merlin (t. IX, nos 90 et 96) ; pour lui la promesse unilatérale n'était

qu'une simple pollicitation. « Les promesses de vente « non synallagmatiques, disait-il, ne sont pas autre « chose que des offres que celui qui les a faites peut « rétracter jusqu'à ce qu'elles aient été acceptées ». Il y a là une confusion entre la promesse unilatérale de vendre et la simple pollicitation, il y a cependant entre elles cette différence essentielle, que l'une est acceptée tandis que l'autre ne l'est pas.

La jurisprudence n'hésita pas à se ranger de l'avis de Merlin et de Toullier. C'est ce qui résulte d'une longue suite d'arrêts émanant tant de la Cour de cassation que des Cours d'appel. C'est ainsi que la Cour suprême décide : que l'acte par lequel un adjudicataire promet de passer la vente de la moitié de l'immeuble mis en adjudication au profit d'un tiers, *ne constitue ni une vente, ni une promesse de vente*; que celui à qui elle aura été faite n'aura le droit de réclamer à l'adjudicataire que les deniers qu'il lui a versés (17 déc. 1817, D. J. G., n° 291). Que la promesse ne peut avoir d'efficacité qu'autant qu'elle est synallagmatique (21 déc. 1846, D. P. 48, 1, 19), que la promesse unilatérale ne constitue qu'une simple pollicitation (9 août 1848, D., P. 48, 1, 185 et Ch. des requêtes, 12 juillet 1847; même rec. 47, 1, 347). Voir aussi un arrêt de la Cour de Lyon (27 juillet 1832, Sirey, 33, 2, 285). En somme l'erreur de la Cour de cassation, et des Cours d'appel qui professent la même doctrine, est la même que celle de Toullier et de Merlin; elles n'aperçoivent pas

qu'entre la simple pollicitation et la promesse synallagmatique, il y a place pour une troisième espèce de promesse, la promesse unilatérale, que rien ne permet de déclarer non valable.

Un arrêt de Cour d'appel a une manière toute spéciale de raisonner pour rejeter la validité de notre promesse ; il faut nous y arrêter (18 juin 1822. Dalloz, Jur. gén., v^o Vente, n^o 291) :

« Considérant *que toute obligation est nulle lorsqu'elle*
« *a été contractée sous une condition protestative de la*
« *part de celui qui s'oblige* ; que, dans la vente, l'acqué-
« reur et le vendeur doivent également s'obliger, et
« qu'il était au pouvoir de l'acquéreur qu'il n'y ait pas
« vente ; que la vente et la promesse de vente ne diffè-
« rent qu'en ce que la première transmet la propriété
« à l'instant même, et que la seconde promet simple-
« ment de la transférer, mais que toutes deux doivent
« avoir nécessairement le même caractère, c'est-à-dire
« l'obligation réciproque sur la chose et sur le prix ;
« que sans cela il n'y aurait pas promesse de vente
« dans le sens de la loi, mais une simple pollicitation,
« une offre qui, manquant de lien, n'oblige pas et peut
« être révoquée avant l'acceptation, etc. »

Cet arrêt contient une première erreur : la promesse de vente ne peut être valable que si elle est synallagmatique ; de cette prémisse fausse la Cour de Bourges a tiré cette singulière conséquence, que la promesse de vendre faite sans promesse corrélatrice

d'acheter, devait être annulée en vertu de l'art. 1174 du Code civil. La promesse de vente doit être assimilée à la vente, et il ne peut y avoir vente valable si l'acheteur contracte une obligation dont il est maître de se départir quand bon lui semblera. Mais il est facile de faire remarquer contre cet arrêt que c'est son point de départ même qui est faux : « la promesse de vente n'est valable qu'en tant que synallagmatique ». Nous avons démontré plus haut que rien ne permettait de déclarer non valable la promesse unilatérale. Sans doute elle laisse maître le stipulant de se prévaloir ou non de la promesse, mais elle lie absolument le promettant qui ne peut se départir de son engagement que du consentement du stipulant.

L'art. 1174 doit donc être absolument écarté; il ne frappe de nullité que les obligations facultatives pour le débiteur, et non pas celles qui dépendent de la volonté du créancier.

La jurisprudence est aujourd'hui formelle dans un sens contraire à l'opinion de Toullier et de Merlin qu'elle avait originellement adoptée (V. notamment un arrêt du 10 décembre 1883, D., 84, 1, 134). Depuis longtemps, d'ailleurs, certains Tribunaux et certaines Cours d'appel s'étaient prononcés dans notre sens, à l'encontre de la Cour suprême (V. Trib. de la Seine, 9 fév. 1847; D., 1847, 3, 22, et sur appel, Paris, 2 juil. 1847; D., 1847, 2, 127; même Cour, 10 mai 1826, 27, 2, 87).

§ 2. *Acceptation de la promesse unilatérale. Conditions de validité. Promesse faite sans détermination de prix. Preuve.*

Nous avons établi que la promesse unilatérale ne devenait obligatoire que du jour où elle avait été acceptée par celui qui devait en bénéficier. Il nous faut voir maintenant comment peut intervenir cette acceptation. Elle peut tout d'abord être expresse, mais on s'entend aussi généralement pour décider qu'elle pourra n'être que tacite. Elle résulterait notamment de ce fait que la promesse a été consignée dans un acte sous seing privé, qui aurait été remis au stipulant. Et à plus forte raison, elle s'inférerait d'un acte notarié intervenu entre les parties, l'intention d'accepter se trouvant ici prouvée par la participation du stipulant à l'acte et par l'apposition de sa signature.

Pour que la promesse de vente soit valable, il ne suffit pas qu'elle soit acceptée, il faut en outre qu'elle réalise les conditions nécessaires à la validité de tout contrat. Mais on peut se demander si elle sera soumise également aux règles spéciales du contrat de vente ?

On sait notamment que le Code civil interdit à certaines personnes d'acheter : c'est ainsi qu'il prohibe la vente entre époux, qu'il défend aux tuteurs et autres

administrateurs de la fortune d'autrui de se porter acquéreur des biens de leurs administrés, aux juges, suppléants, avoués, etc., l'acquisition des droits litigieux d'une certaine nature. Leur sera-t-il également interdit de se faire consentir des promesses de vente portant sur les biens qu'ils ne peuvent acquérir. Il ne faut pas hésiter à répondre affirmativement, à quoi leur servirait d'ailleurs ces promesses, puisqu'ils ne ne pourront passer une vente valable ?

La promesse unilatérale de vente peut-elle être faite sans détermination de prix : telle est la question intéressante que nous avons maintenant à résoudre. Voët (*ad Pandectas, de contrahenda emptione*) s'était prononcé très anciennement dans le sens de la négative. « *Nec dubitem*, disait-il, *quin is qui ita justo pretio se emturum vel venditurum promisit, recedere ab ea conventione possit.* » Et il argumentait en faveur de sa thèse, de ce fait que dans une promesse faite ainsi *justo pretio*, il manquait une condition essentielle à la validité de la convention : l'accord des volontés sur le prix. En effet, ce terme *justum pretium* est beaucoup trop vague par lui-même ; il s'en suit que le promettant estime sa chose à un haut prix, tandis que le stipulant lui donne au contraire une valeur relativement inférieure. On ne saurait, en conséquence, valider une semblable promesse.

Tout autre était le sentiment de Pothier ; pour lui, la promesse de vente faite sans détermination de prix

était pleinement valable : « Le débiteur est censé en ce cas s'être obligé de vendre pour le juste prix, tel qu'il sera réglé par experts dont les parties conviendront. »

La controverse soulevée dans l'ancien droit a subsisté sous l'empire du Code civil : trois opinions différentes se sont partagées les auteurs. La première, professée par Troplong (Vente, n° 118) et Duvergier (I, n° 128), n'est que la reproduction de la doctrine de Voët : la promesse de vente pour un prix non déterminé ne saurait être considérée comme valable. La seconde opinion professe comme Pothier, que rien ne fait obstacle à la pleine validité d'une semblable promesse. Enfin, une dernière opinion soutenue par Marcadé (sur l'art. 1589, n° 2) et reproduite dans Dalloz (J. G., v° Vente, n° 300), a la prétention de tout concilier. Elle distingue : si le promettant n'a rien dit relativement au prix, la promesse ne sera point obligatoire, mais il en sera autrement s'il a promis de vendre la chose au prix courant des choses de même espèce, ou à déterminer par experts.

La jurisprudence s'est prononcée dans le sens de Pothier ; la Cour d'Amiens a décidé expressément que la promesse de vendre des meubles faite sans détermination de prix, et non exécutée, donnerait naissance à une créance de dommages-intérêts au profit du stipulant (24 août 1839, D. J. G., en note sous ce n° 300).

Des trois opinions laquelle doit être préférée ? Il

nous semble tout d'abord que l'opinion de Pothier doit être écartée. En effet, le Code civil contient deux articles formels (art. 1591 et 1592). « Le prix de vente
« doit être déterminé et désigné par les parties. Il peut
« être cependant laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le
« tiers ne veut ou ne peut en faire l'estimation, il n'y a
« point de vente. » Sans doute ces deux textes ne visent que la vente, et l'on pourrait soutenir que la promesse unilatérale étant distincte de ce dernier contrat, doit être traitée différemment. Mais l'engagement de vendre pris par le promettant doit forcément à un moment donné se transformer en vente ; or, au moment où le stipulant se déclarera prêt à acheter, le prix ne sera pas plus déterminé qu'au moment où la promesse est intervenue entre les parties. La vente sera dans l'impossibilité de se former, les art. 1591 et 1592 y font absolument obstacle ; on ne saurait donc déclarer valable une promesse qui ne peut produire aucun résultat. Quant à la distinction proposée par Marcadé, nous ne saurions nous y arrêter, elle en revient en somme à donner la même solution que nous. Elle décide que lorsque la promesse est faite sans détermination de prix, elle ne sera pas valable : c'est absolument notre avis. Le prix, au contraire, doit-il être déterminé par les mercuriales, ou fixé par des experts *à désigner par les parties*, la promesse sera valable, c'est encore notre avis ; car alors le prix est parfaitement déterminé, et les ventes faites dans de sem-

blables conditions sont absolument valables (V., en ce sens, A. M. Demante et M. Colmet de Santerre, t. VII, n° 12 et 12 *bis*, I, II, III ; Aubry et Rau, t. IV, § 249, p. 338). Nous ferons cependant cette réserve, que la promesse de vente faite pour la valeur de la chose ou son juste prix ne saurait avoir aucune valeur ; on ne saurait alors raisonnablement soutenir que le prix a été déterminé dans le sens des art. 1591 et 1592.

Nous nous rangerons donc de l'avis de Voët et Duvergier, et nous déclarerons non valable la promesse faite sans détermination de prix.

Pour la preuve de la promesse unilatérale de vendre, il est bien évident qu'elle sera soumise à la règle de l'art. 1341 du Code civil : il faudra donc un écrit quand la valeur de la chose excédera 150 francs. Mais ici un seul original suffira, et cela s'impose puisque l'art. 1325 exigeant la formalité du double original ne vise que les conventions synallagmatiques. Notre proposition a été cependant contredite ; on a soutenu que la promesse de vente n'étant valable qu'autant que synallagmatique, il faut la soumettre au double original.

Nous avons démontré plus haut la fausseté de cette singulière conception de la promesse unilatérale de vendre. La Cour de Bourges, et après elle la Cour de cassation, ont d'ailleurs fait justice de cette opinion erronée, et elles ont admis qu'un seul original suffirait conformément à l'art. 1326 (12 juillet 1847, Sirey, 48, 1, 181).

§ 3. *Modalités dont est susceptible la promesse unilatérale de vendre.*

La promesse de vente peut être pure et simple, mais elle peut aussi être faite à terme ou sous condition.

Occupons-nous tout d'abord du cas où elle a été subordonnée à l'accomplissement d'un événement futur et incertain. Nous appliquerons purement et simplement les règles de la condition. La condition est-elle suspensive, le stipulant ne pourra se prévaloir de la promesse qu'après son accomplissement ; au contraire, est-elle résolutoire, le promettant se trouvera libéré par la réalisation de la condition. La seule difficulté sérieuse de la matière consiste dans l'application à la promesse faite sous condition de l'art. 1174 du Code civil. Il est des cas où il est parfois difficile de savoir si la promesse doit être annulée conformément à cet article, ou validée en vertu de l'art. 1170. On s'est demandé notamment ce qu'il fallait penser de la convention suivante : je promets de vous vendre, si je me décide à vendre. Au premier abord il semble qu'il y a là une condition purement potestative, que l'on doit en conséquence annuler la promesse comme violant l'article 1174. Cette manière de voir a séduit la Cour de Grenoble, et le 23 mai 1829 (S, 29, 2, 177) elle annulait

une promesse ainsi conçue : « Si le sieur Pélisson se
« décide à vendre, il promet de passer vente au sieur
« Commandeur, par préférence et à l'exclusion de
« tous autres. — Attendu, disait-elle, que si on voulait
« lui donner ce caractère, il serait impossible de ne
« pas reconnaître qu'elle serait alors subordonnée à
« une condition potestative, puisque promettre de
« vendre, si on se décide à vendre, c'est faire dépendre
« l'exécution de son obligation d'un fait dépendant de
« sa volonté, en réalité ne rien promettre. » Seulement la Cour arrivait à cette singulière conclusion que l'engagement nul, en tant que promesse unilatérale, valait cependant comme pacte de préférence, et permettait au stipulant d'obtenir des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Sans vouloir insister sur ce point, nous ferons remarquer que l'on ne comprend pas qu'on traite différemment la promesse unilatérale et le pacte de préférence, car le second n'est qu'une application particulière de la première : la Cour de Grenoble se mettait donc en contradiction avec elle-même. Mais ce que nous voulons surtout bien établir, c'est que notre promesse ne peut raisonnablement être annulée en vertu de l'art. 1174 du Code civil.

Qu'annule ce texte ? L'obligation contractée sous une condition qui dépend de la pure volonté du débiteur. Or, tel est-il notre cas ? Nullement. C'est si vrai que des revers de fortune, ou même le simple besoin de capitaux peuvent amener le promettant à aliéner

son immeuble. On peut presque dire qu'il y a alors condition plutôt casuelle, que potestative. Si, on y voit d'ailleurs une condition de cette dernière nature, force est bien de valider notre promesse, car l'art. 1170 déclare pleinement valable la condition soumise à la seule volonté du débiteur, pourvu qu'il y entre le plus léger élément casuel. D'ailleurs, si l'on se range à l'opinion de la Cour de Grenoble, une solution s'impose; la nullité du pacte de préférence dans tous les cas : le vendeur, en effet, s'y engage sous une condition qui dépendra de sa volonté seule. Il y aurait là un résultat très regrettable, car on ne peut nier que ce pacte n'offre une grande utilité surtout au profit d'un vendeur qui entend reprendre sa chose, dans le cas où son acquéreur se décide à aliéner.

Ce serait peut être le moment de nous occuper en détail du pacte de préférence, mais pour en déterminer les effets, il est nécessaire d'avoir pris parti dans la controverse soulevée sur la nature de la promesse unilatérale de vendre. Nous ajournons donc provisoirement l'étude du pacte de préférence que nous reprendrons quand le moment sera venu.

La promesse de vendre peut aussi être faite à terme ; elle peut être subordonnée, soit à un *dies a quo*, soit à un *dies ad quem*. Dans le premier cas, le droit pour le stipulant de se prévaloir de la promesse sera reculé jusqu'à l'arrivée du terme suspensif. Dans le second cas, le *dies ad quem* arrivé, sans que le stipulant ait ré-

clamé l'exécution de la promesse, le promettant sera purement et simplement libéré. Il est à remarquer qu'ordinairement la promesse sera faite avec un terme, passé lequel on ne pourra plus en demander l'exécution, mais une question très intéressante s'est élevée dans le cas où, au contraire, le promettant s'est engagé à vendre sans détermination d'un délai. Il ne peut pas rester éternellement à la disposition du stipulant. Mais alors sera-t-il nécessaire qu'il s'adresse à la justice pour faire déterminer un délai passé lequel l'exécution de la promesse ne pourra plus être réclamée, ou suffira-t-il qu'il adresse une sommation au stipulant d'avoir à exiger la passation de la vente dans un certain laps de temps ? Pothier, dans l'ancien droit, s'était prononcé dans le premier sens (n° 480) : « Lorsque je
« vous ai promis de vous vendre quelque chose, sans
« aucune limitation de temps, pour être déchargé de
« ma promesse, je dois obtenir contre vous sentence,
« qui portera que vous déclarerez, si vous entendez
« acheter et que le dit temps passé, faute par vous
« d'avoir fait cette déclaration, je serai déchargé de
« mon obligation. »

Duranton et Troplong, ainsi que M. Colmet de Santerre (Continuation de A. M. Demante, t. VII, n° 24, n^{os} X *bis* et XI) professent, au contraire, qu'une sommation de la part du promettant est suffisante. Enfin une troisième opinion admet un système intermédiaire : le promettant pourra faire sommation et fixer un délai ;

mais si l'autre partie trouve ce délai trop court, elle sera admise à faire valoir les raisons qui rendent nécessaire un laps de temps plus long, et les tribunaux apprécieront si on doit le lui accorder (voir en ce sens Duvergier, t. I, n° 127, et Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. IV, p. 266, note). Il ne faut pas hésiter à se ranger à cette opinion qui concilie tout. Il semble tout d'abord trop rigoureux de contraindre le promettant à recourir à la justice pour faire fixer un délai. Mais il serait aussi trop dur pour le bénéficiaire de la promesse de se trouver à la merci du promettant, qui pourrait lui imposer le laps de temps qu'il voudrait. Qui ne voit d'ailleurs que celui qui a promis de vendre pourrait saisir le moment où le stipulant, par suite d'embarras d'argent momentanés, n'a pas les fonds nécessaires, pour lui adresser la sommation. Il arriverait ainsi à se libérer dolosivement de sa promesse? C'est à ce résultat inique que notre doctrine vient remédier; la justice interviendra alors et accordera au stipulant un délai raisonnable pour exiger la passation de la vente. Tout le monde est d'ailleurs d'accord pour décider que si un très long temps s'est écoulé depuis la promesse, on doit y voir la preuve que les parties ont entendu se désister de leur contrat. La Cour d'Angers a fait une application très nette de cette idée : il s'agissait d'une commune à qui il avait été promis qu'on lui revendrait son presbytère, vendu nationalement. Elle avait laissé écouler un délai de trente ans,

et de plus elle avait acquis un autre presbytère. Lorsqu'elle vint se prévaloir de la promesse, elle se vit opposer et son long silence et sa nouvelle acquisition, et les Tribunaux saisis de sa demande l'en déboutèrent en décidant qu'elle avait renoncé tacitement à se prévaloir de la promesse (27 août 1829, aff. commune de Saint-Pierre; D. J. G., n° 298, v° Vente).

CHAPITRE II

NATURE DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

Nous abordons maintenant la partie la plus difficile de notre matière : quelle est la nature de la promesse unilatérale de vendre ? Les auteurs sont loin de s'entendre sur cette question, et l'on peut citer jusqu'à quatre systèmes différents qui se sont partagés leurs suffrages. Nous allons exposer tout d'abord la doctrine à laquelle nous croyons devoir nous rallier ; puis nous présenterons les autres systèmes, en essayant de les réfuter.

Pour nous, la promesse unilatérale de vendre fait naître à la charge du promettant une obligation conditionnelle de transférer la propriété. Le promettant, par le seul effet de son engagement, devient directement débiteur de la chose, sous la condition que le stipulant déclare son intention de passer la vente. Il suit logiquement de ces prémisses que la propriété se trouve transférée à l'acheteur par l'effet rétroactif de la condition accomplie dès le jour même de la promesse.

Cette opinion, soutenue par MM. Duranton, Mourlon, Larombière, a été surtout mise en lumière par M. Colmet de Santerre (Contin. de A. Demante, VII, p. 21 et 22). Elle repose sur un fondement parfaitement logique; en effet, la vente, telle que l'a conçue notre droit actuel, donne naissance à une double obligation: pour le vendeur, de transférer la propriété; pour l'acheteur, de payer le prix. Qu'est-ce alors que promettre de vendre? c'est promettre d'exécuter la première de ces obligations, donc, de transférer la propriété.

L'opinion à laquelle nous nous rallions a été vivement attaqué par un certain nombre d'auteurs, notamment par MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 334, note 13., et par M. Laurent (t. XXIV, p. 15 et suiv.). Ils ont prétendu que notre opinion ne reposait que sur une simple confusion. Ce que vous présentez comme une condition suspensive, nous disent-ils, n'est au fond qu'un des éléments essentiels du contrat de vente. Ne dites-vous pas que la condition à laquelle vous soumettez l'obligation est la déclaration du stipulant qu'il entend passer le contrat. Or, qu'est-ce que cela? sinon le consentement même de l'acheteur à la vente, un des éléments essentiels du contrat.

Il faut bien avouer que cette objection est toute puissante contre certains auteurs qui ont défendu notre thèse en soutenant que nous nous trouvions en présence d'une vente conditionnelle. Duranton, le

premier, avait avancé cette idée. Mourlon l'a reproduite en ces termes dans son *Traité sur la transcription* (t. I, p. 94) : « Analysons le contrat soumis à notre
« examen, si, tenant compte avant tout du but que les
« parties s'y sont proposé, nous nous attachons moins aux
« mots qu'elles ont employés pour exprimer leur intention, qu'à leur intention même, nous y découvrons
« aisément, et avec la plus parfaite exactitude, *tous les*
« *caractères d'une vente conditionnelle, ainsi que tous les*
« *éléments nécessaires à sa perfection.* » On ne saurait être plus catégorique ; Mourlon n'hésite pas à dire que nous nous trouvons devant une vente conditionnelle, et cette condition est justement le consentement ultérieur du stipulant. Mais nos adversaires ont raison de dire qu'il y a là une véritable erreur. Il n'y a vente possible que si l'acheteur s'est obligé ; enlevez cet élément au contrat, et le contrat lui-même disparaît. Nous nous associons donc à la critique de MM. Aubry et Rau ; mais il faut bien avouer qu'elle ne nous atteint nullement. Nous ne soutenons pas du tout qu'il y ait vente conditionnelle ; le stipulant, pour nous, n'est nullement débiteur conditionnel, et l'on ne saurait agir contre lui en vertu de l'art. 1180 du Code civil. Nous l'avons dit : il n'y a là qu'une obligation conditionnelle de donner à la charge du promettant, obligation qui se trouve subordonnée, à la condition que le stipulant déclare se porter acquéreur. D'où résulte cette obligation ? d'une vente conditionnelle ? Non pas.

mais d'un contrat unilatéral parfaitement valable, obligatoire pour une seule partie, le promettant, et sans engagement réciproque de la part du stipulant.

M. Laurent a formulé une autre objection contre notre manière de voir : « Il nous semble, dit-il, que
« c'est dénaturer la promesse de vente que de la con-
« sidérer comme un contrat unilatéral conditionnel.
« La promesse est pure et simple ; que dit-elle ? que le
« promettant s'engage à vendre. *Cet engagement unila-
« téral ne peut pas transférer la propriété, car la pro-
« priété ne se transfère que par un concours de volontés.*
« Quand ce concours de volontés existe-t-il ? A partir
« de la déclaration du créancier qu'il entend acheter
« (t. XXIV, p. 20). » Cette manière d'argumenter a été
adoptée par M. Guillouard (*Revue critique*, 1875, t. XLI,
p. 15) : « Pour qu'il y est translation de propriété,
« même conditionnelle, il faut qu'il y ait eu contrat
« translatif de propriété, contrat, c'est-à-dire conven-
« tion, *duorum in idem placitum consensus*... Le pro-
« priétaire consent à vendre, mais le prétendu acqué-
« reur ne s'engage à rien, il se réserve d'accepter ou
« de ne pas accepter la vente et se borne à prendre
« acte de l'offre. » Cette manière de raisonner paraît
au premier abord victorieuse, malheureusement, quand
on regarde de près, on voit qu'au fond elle ne repose
que sur une erreur. Le consentement des parties dont
parle l'art. 1138 du Code civil, c'est pour MM. Laurent
et Guillouard l'obligation réciproque des dites parties.

Or, c'est ce que nous nous refusons absolument à admettre. Le consentement des parties, c'est tout simplement l'accord de volontés sur la chose à *dare*. Où en arrive en somme l'étrange doctrine de MM. Guillouard et Laurent? A soutenir que l'art. 1138 n'est applicable qu'aux contrats synallagmatiques, si bien qu'aucun contrat unilatéral ne pourrait avoir pour effet d'opérer un transfert de propriété. Mais alors que fait-on dans cette doctrine de l'art. 938 du Code civil. La donation est bien un contrat unilatéral et cependant l'article dit expressément : « La donation dûment acceptée sera
« parfaite par le seul consentement des parties, la
« propriété des objets donnés sera transférée au do-
« nataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». Ce texte n'explique-t-il pas de la façon la plus limpide ce que l'art. 1138 entend par ces mots le seul consentement des parties. Peut-on soutenir après cela que la propriété est transférée seulement quand il y a engagement réciproque des parties.

Il nous faut maintenant résoudre une dernière objection qui a été faite contre notre thèse. On a dit : le système soutenu par M. Colmet de Santerre doit être abandonné parce qu'il est absolument contraire à la volonté des parties. Quelle était en effet l'intention des parties? créer une obligation conditionnelle à la charge du promettant? Nullement. Le bénéficiaire de la promesse a tout simplement stipulé le droit d'exiger la passation de la vente, quand le moment lui conviendrait; le pro-

mettant n'a jamais entendu s'engager à autre chose qu'à passer la vente sur la réclamation du stipulant. Mais aucun d'eux n'a entendu donner un effet rétroactif à la déclaration du stipulant qu'il entend se porter acheteur. A cela, nous ferons remarquer que c'est l'opinion de nos adversaires qui est encore la plus manifestement contraire à l'intention des parties. Nous verrons, en effet, quand nous étudierons les effets de la promesse de vente, que nos adversaires déclarent parfaitement valables les aliénations et les constitutions de droits réels faites par le promettant depuis la promesse. C'est là qu'on arrive quand on ne veut pas admettre comme nous que la déclaration du stipulant qu'il entend passer la vente à un effet rétroactif. Il nous semble que l'intention des parties a bien été cependant de faire un véritable contrat, donnant de véritables garanties à l'acheteur et engageant réellement le promettant. On ne peut soutenir qu'elles aient eu l'intention de laisser ce dernier libre de transformer le droit du stipulant en une simple créance de dommages-intérêts, créance de dommages-intérêts pouvant devenir parfaitement illusoire par suite de l'insolvabilité du promettant. De plus, même en admettant sa parfaite solvabilité, peut-on dire raisonnablement que le stipulant ait consenti à ce qu'au lieu de la chose dont promesse de vendre lui avait été faite, et dont par hypothèse il avait besoin, on ne lui accorde qu'une simple indemnité pécuniaire. On voit donc bien que des deux

opinions, celle qui respecte le moins l'intention des parties, c'est celle de nos adversaires. Et d'ailleurs n'est-ce pas un argument que nous pouvons faire valoir que celui qui consiste à démontrer que notre thèse est encore de toutes, celle qui donne les meilleurs résultats pratiques : véritable garantie pour le stipulant, pourvu qu'il ait eu soin de faire transcrire la promesse, contre les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par le promettant, et en matière d'enregistrement, estimation de la valeur de l'immeuble au moment de la promesse.

Pour terminer l'exposé de la doctrine de M. Colmet de Santerre, il nous faut examiner un dernier argument que l'on a produit en sa faveur. D'après M. Larombière (*Traité des obligations* sur l'art. 1138, t. I, p. 451, 2^e édit.), l'art. 1139 serait applicable aussi bien à la promesse unilatérale qu'à la promesse synallagmatique. Les mots « de l'art. 1139, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix », devraient s'entendre non pas comme demandant un engagement réciproque des deux parties, mais comme exigeant une simple entente entre elles sur la chose et sur le prix. Et comme il sent bien que l'art. 1140, qui lui, bien manifestement, ne vise que la promesse synallagmatique, vient détruire tout son système, il essaye de l'expliquer ainsi : le législateur qui avait eu à s'occuper dans l'art. 1139 des deux promesses, n'avait plus dans l'art. 1140 à songer qu'à la

promesse synallagmatique, le stipulant pouvant dans la promesse unilatérale renoncer même sans abandon d'arrhes.

Nous sommes contraint, à notre grand regret, de rejeter toute cette argumentation.

Nous admettons bien, comme M. Larombière, que l'art. 1138 n'exige nullement le double engagement des parties. Mais les mots de l'art. 1589, « consentement des parties sur la chose et sur le prix » doivent s'interpréter par ceux qui les précèdent : « Promesse de vente vaut vente ». Il est impossible de décider devant des termes si exprès, que les mots : « consentement des parties » veuillent simplement dire, accord de volontés sur la chose et sur le prix. Si la promesse vaut vente, il faut forcément qu'elle réunisse les éléments de ce dernier contrat, et notamment le double engagement des contractants. L'historique de la rédaction du Code est également absolument contraire à la manière de voir de M. Larombière. Il en résulte que les rédacteurs du Code n'ont jamais pensé qu'à la promesse synallagmatique. « La promesse, dit le tribun Faure, a la même « force que la vente, dès que les trois conditions y « sont réunies : la chose, le prix, le consentement ». Et Grenier parle de la même façon : « La validité de la « promesse est soumise aux mêmes conditions que la « vente ». Enfin l'art. 1590 vient enlever les derniers doutes. Il vise, et M. Larombière est contraint de l'admettre, la seule promesse synallagmatique. Eh bien,

cet article n'est que la suite logique de l'art. 1589 : « Promesse de vente vaut vente », dit ce dernier texte, et l'art. 1590 continue : « la promesse de vente qui a été faite avec des arrhes, etc. » On ne saurait donc douter un instant qu'ils ne visent tous deux une seule et même promesse. Nous écartons en conséquence l'argumentation de M. Larombière, et nous nous en tenons aux arguments qui ont été plus haut fournis.

Abordons maintenant l'étude des autres systèmes proposés sur la nature de la promesse unilatérale. Pour MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 334), la promesse acceptée par le stipulant n'est qu'une promesse de faire jusqu'au moment où ce dernier vient s'en prévaloir. Mais à l'instant où intervient sa déclaration qu'il est prêt à acheter, la promesse de faire se transforme en promesse synallagmatique, et l'art. 1589 devient applicable avec toutes ses conséquences. Il s'en suivra que la propriété sera transférée non plus du jour de la promesse, comme dans notre opinion, mais seulement du jour où le stipulant aura manifesté son intention d'acheter. Le promettant pourra dès lors valablement constituer des droits réels sur la chose, et même au besoin aliéner à charge de simples dommages-intérêts à payer au bénéficiaire de la promesse. Le système, au premier abord, paraît séduisant, mais quand on y regarde de près, on voit qu'il manque absolument de base logique. Si la promesse unilatérale ne donne naissance qu'à une *obligation de faire*, on ne comprend pas du tout

comment, par le seul fait de la déclaration du stipulant, elle peut se transformer en promesse synallagmatique, et *transférer la propriété*. L'art. 1589 dit bien promesse de vente vaut vente, d'où il résulte que la propriété est transmise au moment même où intervient la double promesse, mais si cet effet se produit, c'est parce que le vendeur a contracté *une obligation de dare*. On est donc forcé d'admettre, pour être logique, que l'obligation du promettant existait dès le moment même de la promesse comme obligation de donner. Eh bien, s'il en était ainsi, pourquoi refusez-vous à cette obligation de donner, le pouvoir de transférer conditionnellement la propriété. La logique vous amène forcément à ce résultat.

Aussi un certain nombre d'auteurs n'ont pas hésité à admettre que l'obligation du promettant était une obligation de *dare*, mais ils ont refusé d'aller jusqu'au point auquel nous sommes arrivé (V. Laurent, t. XXIV, p. 29). Ils décident que la propriété ne sera transférée qu'au moment où le stipulant déclarera qu'il entend se porter acquéreur. Il faut tout d'abord avouer que ce système est beaucoup plus juridique que celui de MM. Aubry et Rau. Le promettant a promis de *dare*, le stipulant s'engage à acheter, il y a promesse synallagmatique avec tous ses effets. Mais reste toujours notre objection : s'il y a obligation de *dare*, pourquoi lui refuser le pouvoir de transférer la propriété du jour de la promesse. Nos adversaires ont essayé de ré-

pondre ainsi à l'objection : oui, le promettant s'engage à *dare*, mais si le transfert de la propriété est une conséquence résultant de la nature de l'obligation de donner, *il n'est pas de son essence*, et l'on peut parfaitement convenir expressément *ou tacitement*, qu'il sera postérieur à la naissance de l'obligation qui l'engendre. Eh bien, dans la promesse unilatérale de vendre, il semble manifeste que les parties ont eu l'intention tacite de reculer le transfert de la propriété jusqu'au jour de la déclaration du stipulant. Nous nous refusons absolument à admettre ce raisonnement, car rien ne démontre que les parties aient eu cette intention tacite. Sans doute quand la volonté des parties ressortira manifestement, il ne faudra pas hésiter à reculer le transfert de la propriété. Mais ce que nous nions absolument, c'est que dans tous les cas, cette volonté doive être sous-entendue. Il nous semble encore une fois que les parties ont entendu faire un contrat sérieux donnant pleine garantie au stipulant, que par suite elles ont entendu que le transfert de propriété aurait lieu rétroactivement au jour de la promesse.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence est absolument fixée dans le sens de MM. Aubry, Rau et Laurent. En cas de refus d'exécution de la promesse, la justice interviendra. Elle rendra un jugement qui ne tiendra pas lieu de contrat, comme le soutient une opinion que nous allons bientôt examiner, mais qui condamnera le promettant à livrer la chose au stipulant. Celui-ci est

en effet devenu propriétaire, puisque par le seul fait de sa déclaration, la promesse unilatérale est devenue synallagmatique, et comme telle, a eu tous les effets de la vente (art. 1589) (voir *Paris*, 27 août 1847, S., 48, 2, 361 ; cass., ch. des req., rej., 9 août 1848, S., 48, 1, 615 ; 27 juillet 1849, S., 50, 1, 520 ; 14 mars 1860, S., 60, 1, 740 ; 20 juin 1862, S., 62, 1, 706 ; voir surtout un arrêt récent de la Cour suprême, du 10 mars 1886, *Journal du Palais*, 1887, 1, 172).

Antérieurement à l'arrêt de la Cour de Paris, la Cour d'Amiens avait décidé tout autrement dans un arrêt du 24 août 1839 (Sirey, 43, 2, 403, arrêt qui fut cassé par la Cour suprême (16 juin 1841, S., 1844, 1, 263). La Cour s'était tout d'abord demandé si la promesse unilatérale de vendre était valable, et elle n'avait pas hésité à admettre l'affirmative. Mais ce premier point établi, restait la question de savoir quels seraient les effets de la promesse ; fallait-il considérer la promesse comme donnant naissance à une obligation de donner ou simplement à une obligation de faire ?

C'est dans ce second sens que s'est prononcée la Cour d'Amiens, mais avec cette conséquence singulière qui différencie absolument son système de celui de MM. Aubry et Rau, que la promesse inexécutée ne pourrait jamais donner lieu qu'à de simples dommages-intérêts au profit du stipulant. On appliquait purement et simplement l'art. 1142. « Toute obligation de faire

« ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts,
« en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Nous avons vu que tel était le système soutenu dans l'ancien droit par Dèce et autres commentateurs du droit romain et nous avons montré qu'il était inadmissible. Pour que le défaut d'exécution de la convention ne donne naissance qu'à des dommages-intérêts sans permettre de poursuivre directement l'exécution de l'obligation, il faut que le fait soit impossible à exécuter au lieu et place du débiteur. Mais telle n'est pas du tout notre hypothèse, le promettant se refuse de passer la vente, va-t-on être arrêté par son refus ? Nullement. Car on pourra toujours recourir à la justice pour faire prononcer que le jugement tiendra lieu de contrat.

Pothier avait fort bien établi ce point dans son *Traité de la vente*, et les raisons qu'il donne sont encore aujourd'hui pleinement convaincantes (voir à la fin du chapitre préliminaire sur l'historique de la promesse de vente, p. 130).

Il est facile de voir maintenant quelle sera la dernière opinion admise par les auteurs, c'est celle que Pothier professait dans l'ancien droit, et qui, à la fin du *xviii^e* siècle, avait rallié la majorité des suffrages. La promesse ne donne naissance qu'à une obligation de faire, mais par le fait de la déclaration du stipulant qu'il entend acheter, elle ne se transformera pas en promesse synallagmatique, comme le soutient la juris-

prudence. Si le promettant refuse d'exécuter son obligation et de passer la vente, la justice interviendra, mais seulement pour rendre un jugement qui tiendra lieu de contrat. Nous avons vu que d'après l'opinion de MM. Aubry et Rau, adoptée par la jurisprudence, les tribunaux n'intervenaient que pour constater que la promesse unilatérale s'était changée en promesse synallagmatique, que par suite la propriété avait été transférée au stipulant, que par conséquent il y avait lieu de lui attribuer la chose dont il était devenu propriétaire. En faveur de cette opinion, professée notamment dans une thèse de doctorat (V. Mahoudeau, année 1886, t. XVI), on a fait valoir la tradition historique et surtout la doctrine conforme de Pothier, le guide habituel des rédacteurs de notre Code. Il faut bien avouer que l'argument n'est pas bien fort. Pothier écrivait sous une tout autre législation que la nôtre et il pouvait fort bien avoir raison, sans que pour cela son opinion soit encore la meilleure sous la loi nouvelle. Or, on ne peut nier que le Code n'ait changé la nature de la vente. Il a écarté la vieille idée romaine, idée plus subtile que conforme à la réalité des choses, que le vendeur n'était en principe astreint qu'à assurer la libre possession de la chose à son acheteur. Il était vrai que quand il était propriétaire il était tenu de transférer la propriété à son contractant, mais il est certain que le transfert de propriété n'était pas de la nature de la vente. Aujourd'hui le Code civil

se fait une notion tout autre de la nature de la vente : en principe le vendeur est tenu de transférer la propriété à l'acheteur. Ce qui est vrai seulement, c'est que la transmission de la propriété n'est pas de l'essence du contrat, mais elle est de sa nature. Comment peut-on soutenir alors que l'obligation du promettant n'est qu'une obligation de faire?

Que répond-on à cela? Je cite textuellement : « Si « aujourd'hui la vente engendre une obligation de « donner, c'est qu'un texte formel l'a ainsi décidé, « tandis que rien n'est venu faire de même relative- « ment à la promesse unilatérale de vendre dont notre « législateur ne s'est pas du tout occupé » (Thèse plus haut citée). Conclure du silence de la loi que la promesse unilatérale ne donne pas naissance à une obligation de donner, c'est aller un peu loin. D'ailleurs, le Code, en s'occupant de l'obligation de *dare* dans le titre des obligations, en a déterminé les règles d'une façon générale. L'application que nous faisons du principe à un cas particulier n'est-elle pas tout à fait admissible? Nous pouvons d'ailleurs renouveler contre cette théorie les objections que nous avons formulées contre la thèse de la jurisprudence. On sacrifie absolument le stipulant et on le réduit à de simples dommages-intérêts, parce qu'il a plu au promettant d'aliéner postérieurement à la promesse.

Nous sommes arrivé au bout de cette longue discussion. Nous avons examiné avec soin tous les systè-

mes proposés, avec les arguments que leurs défenseurs ont fait valoir; ils ne nous ont pas paru concluants. Aussi nous nous sommes arrêté au système de M. Colmet de Santerre. Il nous faut voir les effets de la promesse unilatérale d'abord au point de vue du droit civil, ensuite à propos de la perception des droits d'enregistrement.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE AU POINT DE VUE DU DROIT CIVIL

§ 1. *Au point de vue du transfert de la propriété.*

Le premier effet que produira la promesse telle que nous venons de la caractériser sera de transférer la propriété rétroactivement dès le jour même de la promesse. Le promettant étant obligé conditionnellement, la condition s'accomplit par la déclaration du stipulant qu'il entend acheter ; la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat, donc la propriété sera transférée au jour de la promesse (art. 1179). Il en résultera logiquement que si le promettant a aliéné la chose ou constitué sur elle des droits réels, le stipulant pourra opposer à ses ayants cause le droit qu'il tient de la promesse. Sous l'empire du Code civil, il suffisait pour cela que la promesse de vente fût antérieure aux aliénations et constitutions de droits réels,

mais il faut tenir compte aujourd'hui des dispositions de la loi du 23 mars 1855 qui remet en vigueur le système de la loi du 11 brumaire an VII sur la transcription. Pour rendre son droit opposable aux tiers ayants cause de l'aliénateur, l'acquéreur devra désormais faire transcrire son titre sur les registres du conservateur des hypothèques. Faute par lui de ce faire, les tiers plus prévoyants qui auront eux-mêmes rempli les formalités de la transcription, pourront valablement lui opposer les droits par eux acquis sur la chose. Pour nous qui avons donné à la promesse de vente, pourvu qu'elle porte sur un corps certain, l'effet de produire une obligation de donner remontant rétroactivement au jour de la promesse, nous ne saurions hésiter. Le stipulant devra faire transcrire la promesse, s'il veut l'opposer aux ayants cause du promettant. Quand il aura rempli cette formalité, il aura un droit à l'abri de toutes aliénations et constitutions de droits réels du chef de son contractant.

Notre opinion arrive donc, moyennant cette formalité de la transcription, à donner pleine sûreté au stipulant. On ne peut malheureusement pas en dire autant des doctrines opposées à la nôtre.

Dans l'opinion de la jurisprudence, comme dans celle qui se rattache à la doctrine formulée par Pothier, on n'a voulu voir dans la promesse unilatérale de vendre qu'une promesse de faire. Le transfert de la propriété ne s'opérera alors que du jour de la déclaration

du stipulant, dans l'opinion de MM. Aubry et Rau, ou du jour du jugement tenant lieu de contrat, dans l'opinion qui suit la doctrine de Pothier. Nous avons vu que M. Laurent, quoique admettant en principe qu'il y a obligation de donner, arrive en fait au même résultat que MM. Aubry et Rau, la propriété ne sera transférée qu'au moment où le stipulant se déclare prêt à acheter. Toutes ces doctrines arriveront alors à une conséquence commune, tous les droits réels constitués par le promettant seront parfaitement valables, il pourra même aliéner, et réduire ainsi le stipulant à de simples dommages-intérêts (V. Aubry et Rau, T. IV, p. 333; Toullier, IX, 92; Troplong, I, 119; Duvergier, I, 123; Grenoble, 23 mai 1829, S., 29, 2, 177; Toulouse, 17 mai 1880, S., 80, 2, 322).

On admet cependant que le bénéficiaire de la promesse pourra recourir à l'action Paulienne (art. 1167) pour faire tomber les aliénations et constitutions de droits réels faites à l'encontre de son droit. Mais il faut avouer qu'il y aura là une ressource bien illusoire. Pour intenter avec succès l'action Paulienne il lui faudra prouver que les ayants cause du promettant ont été de mauvaise foi, au moins quand ces derniers sont ayants cause à titre onéreux. Outre que cette preuve de la mauvaise foi sera à sa charge, et présentera parfois beaucoup de difficulté, il est bien évident que la plupart du temps les tiers qui ont contracté avec le promettant ignoraient la promesse de vente, dont rien

ne révélait l'existence. La promesse n'est, en effet, astreinte à la transcription que du jour de la déclaration du stipulant dans l'opinion de MM. Aubry et Rau et de la jurisprudence, et que du jour du jugement dans l'opinion qui se rattache à la doctrine de Pothier.

Nous avons vu que dans notre système le transfert de la propriété ne s'opérerait que du jour de la promesse, faisons l'application de cette idée à deux hypothèses très intéressantes.

Supposons, tout d'abord, que le promettant vienne à décéder laissant des héritiers mineurs. Le stipulant vient se prévaloir de la promesse, et manifeste son intention d'acheter; le tuteur pourra-t-il lui donner satisfaction. Ce qui fait la difficulté de la question, c'est que le tuteur ne peut pas aliéner les immeubles de son pupille sans l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal (art. 457, C. civ.), et qu'en outre l'aliénation ne peut se faire qu'aux enchères publiques. Si nous admettons l'opinion de la jurisprudence et des auteurs qui admettent que le transfert de la propriété ne s'opère pas du jour de la promesse, nous serons contraint de décider que le tuteur ne pourra pas seul exécuter la promesse de vente. Il y aura là quelque chose de très regrettable. Mais dans notre système, la condition accomplie rétroagissant au jour de la convention, il s'ensuivra que la propriété aura été transférée au moment même de la promesse, moment où le promettant existait encore. Le tuteur n'aura

plus qu'à exécuter une simple obligation, celle de livrer la chose appartenant au stipulant. Et pour cela, il est d'évidence qu'il n'aura besoin, ni de l'autorisation du conseil de famille, ni de l'homologation du tribunal.

Il nous faudra donner la même solution, dans une espèce qui se rapproche de celle que nous venons d'examiner. Le promettant était commerçant, et nous supposons que la promesse a été faite avant la période suspecte (art. 446 du Code de commerce), puis avant que le stipulant ait manifesté son intention d'acheter, le promettant tombe en faillite. Le syndic pourra très bien dans notre opinion consentir la réalisation de la vente. Il en serait autrement dans l'opinion de nos adversaires, la promesse ne se transformant en vente qu'après la déclaration de faillite.

§ 2. *Au point de vue des risques et des augmentations en valeur ou en nature.*

Quels effets va produire notre promesse unilatérale au point de vue des risques. Si nous nous occupons de la perte totale de la chose, il est certain que c'est le promettant qui la supportera, le stipulant, voyant la chose périr se gardera bien de se prévaloir de la promesse. Et cette manière de raisonner est également bonne dans toutes les opinions. Il est à remarquer tou-

tefois que dans notre système, on arrive à cette solution par l'application même des principes de la loi. N'avons-nous pas dit que le promettant était débiteur sous condition suspensive, les risques de la perte totale seront alors à sa charge en vertu de l'art. 1182. En principe le stipulant n'aura pas le droit de réclamer des dommages-intérêts à son contractant quand la chose a péri en totalité, mais il en sera autrement quand la perte sera imputable à la faute du promettant, conformément à l'art. 1182, 2^e alinéa.

Mais il peut très bien se faire qu'au lieu de périr en totalité, la chose ait été atteinte seulement dans son intégrité physique, ou sa valeur vénale. Qu'allons-nous décider ? Une première remarque s'impose : c'est que si dans un certain nombre de cas les risques incombent au stipulant, cela ne veut pas dire qu'il ne sera plus maître de ne pas invoquer la promesse, mais que s'il veut s'en prévaloir, il sera tenu de prendre la chose telle qu'elle est, sans pouvoir exiger une diminution de prix. Ce premier point établi, il est évident que dans notre opinion, les solutions seront faciles à donner ; pour nous, c'est l'art. 1182 qui doit servir à trancher toutes les difficultés.

Supposons d'abord que le promettant ne soit pas en faute, la chose a péri partiellement, où elle s'est détériorée, où elle a diminué de valeur, ce sera tant pis pour le bénéficiaire de la promesse. Il n'aura que le choix où de prendre la chose dans l'état où elle se

trouve, sans diminution de prix, ou de renoncer à se prévaloir de la promesse (art. 1182, 2^e alinéa).

Dans le cas où il y aurait eu faute de la part du promettant, le stipulant aurait, au contraire, le droit de demander une diminution de prix proportionnelle à la perte partielle ou à la détérioration subies.

Les autres doctrines donnent les mêmes solutions, mais elles n'y arrivent pas logiquement comme nous en vertu des principes propres à la condition suspensive.

Elles sont obligées de chercher ailleurs la justification de leur solutions : « Celui qui a promis de vous
« vendre, dit Pothier, ne peut être obligé de subir une
« diminution en cas de perte partielle ou de détério-
« ration, car il ne s'est engagé à le faire que pour le
« prix exprimé dans la promesse, et non pour un prix
« différent ». Cette manière de raisonner nous paraît satisfaisante, et justifie la mise des risques partiels à la charge du stipulant.

Qu'allons-nous décider maintenant par rapport aux améliorations naturelles et aux augmentations de valeur survenues entre la promesse et la déclaration du stipulant qu'il entend acheter. Ainsi, on peut supposer que la chose se soit augmentée matériellement par suite de l'alluvion, ou que l'ouverture inopinée d'une route ou d'un chemin de fer lui ait donné une plus-value. Il nous semble juste de décider que le stipulant

profitera de ces accroissements, soit en nature, soit en valeur. Ne lui avons-nous pas fait supporter les risques partiels ; il semble bien qu'il y ait là une juste réciprocité. Le raisonnement de Pothier, dans son titre de la vente, n° 485, ne nous semble pas probant : « La raison
« est que le profit de l'augmentation doit appartenir à
« celui aux risques de qui est la chose. *Ubi emolu-*
« *mentum, ibi onus. Secundum naturam est commoda*
« *cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda,*
« L. 10, *De reg. juris*. Or, la chose est aux risques
« de celui qui a promis de vendre, tant que la vente ne
« s'est pas ensuivie, puisque, si elle vient à périr ou à
« se détériorer, celui à qui il a promis de vendre
« peut la lui laisser et ne pas l'acheter. »

On a fait remarquer avec grande raison, contre cette argumentation de Pothier, que la mise des risques de la perte totale à la charge du promettant n'était « que
« la conséquence naturelle de la position de celui qui
« qui s'est obligé à vendre, sans que l'autre soit éga-
« lement obligé à acheter » (Bugnet, sous le texte de Pothier) ; que l'on ne saurait en conséquence dire que les améliorations doivent profiter au promettant, par cela seul qu'il supporte les risques de la perte totale. On peut ajouter, qu'en dépit des assertions de Pothier, la charge des risques partiels incombe bien au stipulant, puisque, s'il se décide à se porter acquéreur, il lui faudra subir une diminution de prix. Rien de plus

logique donc de le faire profiter des améliorations matérielles et des augmentations de valeur.

Qu'allons-nous décider maintenant, par rapport aux améliorations non plus naturelles, mais provenant du fait de celui qui a promis de vendre ? Pour les *impenses* nécessaires tout d'abord, il ne saurait y avoir de doute ; le stipulant devra les rembourser au promettant. Pothier a sur ce point absolument raison de dire : « Il
« n'est pas douteux que si vous me vendez la chose en
« exécution de votre promesse, je serai obligé de vous
« faire raison de cette impense (nécessaire), puisque
« c'est une impense que vous ne pouviez vous dis-
« penser de faire, dont je profite, et dont il n'est pas
« juste que je profite à vos dépens. J'y suis d'autant
« plus obligé que si vous n'eussiez pas fait cette im-
« pense, j'eusse été obligé moi-même de la faire. »
Mais nous ne pouvons admettre la solution que donne Pothier pour les impenses utiles ; pour lui, le stipulant ne sera tenu à aucune rétribution envers le promettant ; le seul droit de ce dernier sera d'enlever si le fait est possible. Il nous semble qu'il y a là une solution trop rigoureuse ; on ne peut pas laisser le stipulant s'enrichir au détriment du promettant. On peut d'ailleurs faire remarquer, qu'en cas de vente à réméré, le vendeur qui reprend sa chose est tenu envers l'acheteur au remboursement des réparations nécessaires, *« et de celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jus-
« qu'à concurrence de cette augmentation »* (art. 1673).

Le vendeur à réméré est propriétaire, sous la condition suspensive du rachat; il se trouve donc dans la même situation que le stipulant propriétaire, sous la condition suspensive de sa déclaration qu'il entend acheter. Il est donc logique de donner la même solution pour deux situations identiques.

§ 3. *Au point de vue de la lésion.*

A quel moment se placera-t-on pour apprécier la lésion de plus des sept douzièmes? A partir de quelle époque pourra-t-on intenter l'action en rescision? Voilà les deux questions que nous avons maintenant à résoudre. Un arrêt de la Cour de Paris, du 26 août 1847 (D. 48, 2, 243), a tranché ainsi ce double problème : Il s'agissait dans l'espèce d'une promesse de vente d'un immeuble moyennant une somme de 40,000 francs. Quatre ans après la création d'un chemin de fer augmenta beaucoup la valeur de l'immeuble qui monta de 40,000 à 150,000 francs. Le stipulant se hâta de notifier son intention d'acheter au promettant. Celui-ci s'y refusa formellement en alléguant en premier lieu la nullité de la promesse, en second lieu, le fait d'une lésion de plus des sept douzièmes. Le tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris donnèrent pleinement raison au promettant, et tout en écartant

le premier moyen tiré de la nullité de la promesse unilatérale, ils prononcèrent la rescision pour fait de lésion de plus des sept douzièmes. Le délai de deux ans pour la Cour d'appel courait non pas de la promesse, mais de la déclaration du stipulant qu'il entendait acheter; par conséquent le promettant se trouvait dans les délais pour agir. De plus, le moment où devait s'apprécier la lésion étant également le jour de la déclaration du stipulant, il se trouvait qu'il y avait à cette époque lésion de plus des sept douzièmes, et que la rescision devait être prononcée. En décidant ainsi, la jurisprudence était d'accord avec elle-même, mais nous, nous sommes obligé de rejeter sa double solution. Dans l'hypothèse de l'arrêt, un délai de quatre ans s'était écoulé depuis la promesse; et comme dans notre opinion, la déclaration du stipulant qu'il entend acheter n'est que la condition suspensive à laquelle est subordonnée la promesse, ce qui fait que la vente rétroagit au jour de la promesse, le délai de deux ans s'étant écoulé, le promettant ne pouvait plus agir en rescision. Outre cela, on ne pouvait pas dire qu'il y eut lésion; au moment de la promesse de vente, la chose valait 40,000 francs et c'était justement là le prix qui avait été convenu entre les parties. Donc double raison pour rejeter la demande en rescision.

Remarquons-le d'ailleurs, de notre solution et de celle proposée par nos adversaires, la plus équitable est de beaucoup la nôtre. A quoi en arrive la Cour de

Paris? A rescinder le contrat uniquement pour cette raison que la chose a augmenté de valeur depuis la promesse. Y a-t-il là réellement lésion, est-ce qu'au moment de la promesse la chose n'avait pas sa valeur actuelle de 40,000 francs. Le promettant à ce moment pouvait-il se plaindre? Nullement. Une augmentation de valeur survient et voilà qu'on veut enlever au stipulant le bénéfice de la promesse. Il me semble qu'il y a un véritable dol de la part du promettant à faire rescinder la promesse du moment qu'elle devient avantageuse pour son contractant. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 18 juin 1841 (D. R. G., v^o Vente, n^o 290, n^o 7), a fait remarquer avec beaucoup de raison, que la plus-value que pouvait acquérir la chose avait été forcément prévue au moment du contrat, ce qui rend encore plus dolosive la prétention du promettant de ne pas exécuter la promesse sous prétexte qu'il est lésé. Nous avons d'ailleurs décidé que les augmentations de valeur devaient profiter au stipulant, tout est donc en harmonie dans notre doctrine.

Notre solution a été cependant vivement attaquée; notre seconde proposition, l'action en rescision se prescrira par deux ans à compter du jour de la promesse, a été particulièrement critiquée. On a fait remarquer que, dans notre opinion, l'action en rescision sera prescrite avant même qu'elle ait été intentée. Supposons, en effet, que deux ans se soient écoulés entre la promesse et la passation de la vente, l'action

en rescision sera éteinte, et cependant on n'a pas encore pu l'intenter, puisqu'il n'y a pas eu de vente (art. 1676).

Mais nous opposerons à nos adversaires que ce résultat qu'ils trouvent absurde, ils y arrivent eux-mêmes dans une autre manière, puisqu'ils admettent que dans le cas d'une vente sous condition suspensive, le délai de deux ans court du jour du contrat et non de l'arrivée de la condition (V. Aubry et Rau, t. IV, p. 418). Le résultat sera le même que celui que nous avons admis pour la promesse de vente ; si la condition ne se réalise qu'après deux ans, l'action sera éteinte avant qu'on ait pu même l'intenter. On a essayé aussi d'argumenter contre notre doctrine de l'art. 1676 du Code civil, qui dit formellement : le délai de deux ans courra *du jour de la vente*. Du jour de la vente, il ne pourra donc pas courir du jour de la promesse. Il ne faudrait pas s'exagérer la valeur de l'argument tiré de l'article 1676. Qu'à voulu dire cet article, en effet, que la prescription courait du jour même de la vente, et non pas seulement du jour où la lésion a été découverte. On voit donc qu'il ne prouve pas grand chose contre notre théorie.

§ 4. *Cession de la promesse unilatérale de vente. —
Renonciation à la même promesse.*

Parlons tout d'abord de la cession : une première question demande tout d'abord à être résolue ; la cession de la promesse unilatérale est-elle valable ?

Le Tribunal de Marseille n'hésita pas à se prononcer dans le sens de l'affirmative la plus absolue : « Attendu, disait-il, que l'art. 1689, C. civ., en indiquant « le mode de transport des choses incorporelles, « énonce que ce transport s'applique aux créances, « aux droits, aux actions sur un tiers ; qu'il suit de là « que tous droits et actions dont la vente n'a pas été « interdite par quelque prohibition expresse ou impli- « cite de la loi peuvent être vendues ; attendu qu'il y « a des droits dont on ne peut disposer parce qu'ils « sont exclusivement attachés à la personne (tels les cas « prévus par les art. 631, 634, 139, etc. du C. civ.) ; que le « droit dont il s'agit n'a pas ce caractère, etc. » (21 août 1863, D., 66, 1, 69). Il résultait du jugement du Tribunal de Marseille que la promesse de vendre pouvait être cédée, que par ce fait le cédant devenait étranger à la promesse, et que tout se passait désormais entre le cessionnaire et celui qui avait promis de vendre. La Cour d'Aix, sur appel, réforma le jugement du Tribunal de première instance, et admit une doctrine dia-

métralement opposée ; dans aucun cas la promesse ne pouvait être cédée : « En effet, disait-elle, la promesse
« de vente, quoique unilatérale, doit forcément un jour
« se transformer en promesse synallagmatique, qui
« engendrera des obligations réciproques à la charge
« des deux parties. Or, si l'on peut subroger quel-
« qu'un dans ses droits, on ne peut, au contraire, se
« soustraire à ses obligations en se substituant une
« autre personne » (21 décembre 1863, D., 65, 2. 129).

Les deux solutions du Tribunal et de la Cour étaient toutes deux beaucoup trop absolues. On ne peut admettre, avec la juridiction de première instance, que le cédant se retire complètement du contrat ; c'est avec lui seul que le promettant a contracté, c'est lui seul qu'il a prétendu avoir pour acquéreur. On ne comprend donc pas qu'on lui substitue une autre personne qui, pour de certaines raisons, pourrait bien ne pas lui convenir.

Mais il n'est pas plus vrai de dire, avec la Cour, que la cession doit être annulée. Sans doute, il faut que le cédant reste en personne dans le contrat ; mais cela ne l'empêchera pas de céder son droit à un tiers. C'est lui, cédant, qui requerra l'exécution de la promesse, c'est lui que le promettant aura pour acquéreur ; seulement, la vente passée, il en fera profiter son cessionnaire. Cette solution a le grand avantage de permettre la cession de la promesse, tout en ne lésant le droit de personne.

La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens mitigé que nous venons d'exposer :

« Attendu, disait-elle, qu'aux termes de l'art. 1598, « rien ne s'oppose à ce qu'une promesse soit cédée, « attendu que dans ce cas, le stipulant quelques soient « les solutions intervenues entre lui et son cession- « naire, n'en reste pas moins obligé directement « envers l'auteur de la promesse, par ces motifs « casse, etc. » (31 janv. 1886, D., 66, 1, 70).

On ne peut qu'approuver la solution donnée par la Cour suprême, malheureusement on ne peut en faire de même pour les motifs qu'elle a donnés pour justifier sa solution. C'est une erreur de dire que le cédant reste obligé directement envers l'auteur de la promesse. Dans la promesse unilatérale de vendre, le promettant est seul obligé, le stipulant ne contracte aucun engagement. Il aurait mieux valu dire que le contrat a été passé entre le stipulant et le promettant, que ce dernier s'est engagé à vendre sa chose à une personne déterminée, que l'on ne saurait en conséquence remplacer son obligation par une autre envers une toute autre personne.

La solution que nous avons donnée sur la cession de la promesse unilatérale de vendre, est également soutenable dans toutes les doctrines que nous avons exposées sur la nature de la promesse. Mais où nous allons différer complètement de nos adversaires, c'est tout d'abord sur la capacité nécessaire pour pouvoir céder

une promesse de vendre portant sur un immeuble. Pour nous, comme il y a cession d'un droit immobilier, il faudra que le cédant ait la capacité d'aliéner un immeuble. C'est ainsi, qu'en matière de tutelle les art. 457 et 458 du Code civil s'appliqueront avec toute leur rigueur; il faudra l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal pour que la cession soit valable. Au contraire, dans les opinions qui ne voient dans la promesse unilatérale qu'une promesse de faire, on n'exigera que la capacité nécessaire pour aliéner un meuble. Une seconde conséquence du caractère immobilier que nous donnons à la promesse c'est que le cessionnaire devra faire transcrire son titre de cession sur les registres du conservateur des hypothèques, s'il veut pouvoir l'opposer aux tiers ayants cause de son cédant. L'art. 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 ne dit-il pas formellement : Devront être transcrits : tous actes translatifs de propriété immobilière. »

Il peut arriver qu'au lieu de céder son droit, le stipulant y renonce simplement au profit du promettant; il s'ensuivra que la promesse sera anéantie, et que les parties seront dans le même état que si elles n'avaient pas contracté.

Dans notre opinion, il y a une obligation conditionnelle; la renonciation intervient avant l'arrivée de la condition, il ne saurait donc être question de rétrocession. Il s'ensuivra que l'administration de l'enregis-

trement serait mal venue à venir prétendre au droit de mutation immobilière sur la renonciation.

La renonciation pourra non seulement être expresse, mais, dans certains cas, elle pourra s'induire des circonstances, quand elles démontreront nettement l'intention du stipulant de renoncer à son droit.

C'est ainsi que l'on supposera qu'il a fait abandon de son droit, quand il sera resté un très long temps sans réclamer l'exécution de la promesse (Nîmes, 27 décembre 1870, S., 72, 2, 67).

Pour terminer l'étude des effets de la promesse unilatérale de vendre en droit civil, il nous reste encore deux questions intéressantes à examiner ; la promesse de vente portant sur la chose d'autrui est-elle valable ? Quels sont dans notre droit actuel la nature et les effets du pacte de préférence.

APPENDICE

§ 1. *Promesse de vendre portant sur la chose d'autrui.*

La solution de la question dépend essentiellement de la doctrine que l'on a adoptée sur la nature de la promesse unilatérale. Supposons d'abord qu'elle ne soit qu'une promesse de faire, rien ne s'opposera à la

validité d'un engagement portant sur la chose d'autrui, l'art. 1599 ne vise absolument que la vente elle-même.

Pour nos adversaires, la solution de la question sera donc des plus simples. Mais pour nous qui nous sommes rangé du parti de M. Colmet de Santerre, et considérons la promesse comme donnant naissance à une obligation de donner, il sera beaucoup plus difficile de répondre à la question posée. Il y a, en effet, deux manières différentes de justifier la solution de l'art. 1599 (Code civil). On peut tout d'abord dire qu'il est la conséquence logique de ce principe spécial au droit français que le transfert de la propriété est de la nature de la vente. Quand il y a vente de la chose d'autrui, le transfert de la propriété est impossible, le vendeur ne peut exécuter son obligation, il faut donc annuler le contrat. Si l'on justifie ainsi l'art. 1599, on comprend que la promesse unilatérale ayant pour but de transférer la propriété rétroactivement au jour de la convention, la promesse de vendre la chose d'autrui ne saurait pas plus être validée que la vente elle-même. Mais on peut trouver la justification de l'art. 1599 dans une tout autre idée. D'après M. Colmet de Santerre l'art. 1599 ne serait qu'une application particulière de l'art. 1184 du Code civil : la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Quand on vend la chose d'autrui, on se trouve par là même dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de transférer la propriété à l'acheteur, la vente doit

donc être résolue. Ceci étant admis, l'art. 1599 n'étant qu'une conséquence de l'art. 1184 ne peut atteindre qu'un contrat synallagmatique et la promesse de vendre la chose d'autrui simple contrat unilatéral ne peut être que valable.

Quels seront les effets d'une semblable promesse : si le promettant a acquis la chose, il sera tenu de la fournir à celui à qui il a promis de vendre ; s'il n'a pu acquérir la chose, son obligation se réduira par la force même des choses en de simples dommages-intérêts.

§ 2. *Du pacte de préférence.*

Le pacte de préférence peut se présenter sous deux formes distinctes : 1° une personne quelconque s'engage dans le cas où elle viendrait à aliéner à ne le faire qu'au profit d'une autre personne ; 2° c'est un vendeur qui stipule que dans le cas d'une revente par son acquéreur préférence lui sera donné sur tous autres.

Le pacte de préférence était très usité dans notre ancienne jurisprudence, il était d'ailleurs considéré à cette époque comme parfaitement valable. Restait à en déterminer les effets. Pour cela on distinguait très nettement les deux hypothèses plus haut citées.

Dans le cas où le pacte avait été fait en faveur d'un tiers ou se refusait à y voir un droit réel, un *jus in re*

donnant au stipulant le droit de revendiquer la chose contre les ayants droit du promettant, on réduisait l'effet du pacte de préférence à une simple action personnelle qui ne pouvait que se résoudre en dommages-intérêts en cas d'aliénation.

Tout autre, au contraire, était la solution quand le pacte était intervenu au profit d'un vendeur, le pacte était pour ainsi dire adjoint *in continenti* à la dation primitivement faite, et devait être considéré comme la condition de ce transfert de propriété. En conséquence, le pacte de préférence constituait un véritable *jus in re*, qui permettait au vendeur d'agir en revendication contre le tiers acquéreur à qui l'acheteur ou le communiste aurait vendu la chose. C'était l'application pure et simple et très logique du principe posé dans la loi 48, au Digeste : *In traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est (De pactis)* (V. Laviguerie, p. 79; Maynard, liv. IV, chap. x, etc.). Il en était de même pour le pacte conclu en faveur d'un communiste, on le considérait comme donnant naissance à un *jus in re*.

Cette distinction a été reproduite dans plusieurs arrêts survenus depuis la rédaction du Code civil, mais à propos de pactes de préférence contractés sous l'ancienne législation. Ainsi la Cour de Grenoble a décidé, le 11 mai 1827, que le stipulant n'aurait qu'une action en dommages-intérêts. Il s'agissait, en effet, dans l'espèce, d'une promesse de vente faite entre coacqué-

reurs, chaque acquéreur s'était engagé pour le cas où il viendrait à aliéner, à donner préférence à l'autre :
« Attendu, disait la Cour, que le droit de préférence
« n'a pas été stipulé en faveur d'un vendeur ou d'un
« communiste, qu'il ne saurait alors, en cas de con-
« travention, donner lieu qu'à une action personnelle
« en dommages-intérêts, et non à une action réelle en
« revendication ». La Cour de Montpellier fit l'appli-
cation de la même doctrine. En 1791, cinq personnes
s'étaient rendues adjudicataires d'un pré, en stipulant
que si l'un d'eux vendait sa part, il devait donner pré-
férence à ses coacquéreurs. La Cour décida, le 25 juin
1829, que la convention de 1791 n'avait fait qu'un
même acte avec l'adjudication, qu'il « était donc vrai
« de dire que le pacte dont il s'agissait avait été stipulé
« par le propriétaire de la chose qui en était l'objet,
« que le pacte était devenu par conséquent une condi-
« tion de la propriété de chacun des communistes, et
« qu'aucun d'eux ne pouvait transférer ce qui lui était
« advenu de cette propriété qu'avec la charge qui y
« était attachée » (*Mémorial de Jurisprudence*, t. XIX,
p. 339).

Telle était la notion que l'on s'était faite du pacte de préférence dans l'ancien droit français, qu'allons-nous décider sous l'empire du Code civil? On a tout d'abord prétendu que le pacte de préférence devait être déclaré non valable comme contrevenant à l'art. 1174 du Code civil. Nous avons montré combien cette manière de

voir était erronée, et nous nous contenterons de renvoyer aux explications que nous avons plus haut données.

Mais la validité du pacte de préférence admise, il nous reste à en déterminer les effets. Ici, encore, la solution dépendra de la doctrine que l'on admettra sur la nature de la promesse unilatérale, car, au fond, le pacte de préférence n'est qu'une promesse unilatérale de vendre faite sous la condition que l'acheteur se décidera à aliéner.

Les auteurs qui ne voient dans l'obligation du promettant qu'une obligation de faire n'hésiteront pas à réduire le stipulant à une simple action en dommages-intérêts, quand la chose aura été aliénée au profit d'un tiers, en dépit du pacte de préférence. Dans un seul cas le bénéficiaire du pacte pourra recourir contre le tiers acquéreur, ce sera lorsque ce dernier aura été de mauvaise foi (art. 1167, C. civ., en ce sens, Aubry et Rau, t. IV, § 352, note 5 ; Troplong, *Vente*, n° 132). La jurisprudence s'est ralliée presque toute entière à cette théorie. La Cour de Toulouse a décidé notamment que, dans le cas où un vendeur à réméré se serait engagé envers son acquéreur à lui donner la préférence s'il aliénait après le réméré exercé, l'inexécution du pacte de préférence et l'aliénation consentie à une autre personne ne donneraient lieu qu'à des dommages-intérêts (16 nov. 1825, Sirey, 26, 2, 177).

La Cour de Riom (30 juin 1843, S., 44, 2, 343) s'est

séparée cependant nettement du reste de la jurisprudence, et elle a décidé que si un vendeur avait stipulé la préférence pour le cas où son acquéreur aliénerait, il aurait une véritable action en revendication contre le tiers acquéreur, sauf le recours de ce dernier contre son auteur. Nous n'hésitons pas à nous ranger à cette opinion. Le pacte de préférence, n'est au fond, qu'une promesse unilatérale de vendre faite sous une double condition : d'abord que le promettant se décidera à aliéner, puis que le bénéficiaire du pacte de préférence manifestera son intention de passer la vente. L'accomplissement de cette double condition rendra le stipulant propriétaire rétroactivement au jour de la promesse. Il s'en suivra que si celui qui a promis la préférence aliène au profit d'une autre personne, le stipulant pourra agir en revendication contre cette dernière.

Notre solution aura, du reste, le précieux avantage de donner au vendeur une véritable garantie contre les aliénations et constitutions de droits réels émanées de son acheteur, pourvu qu'il ait eu soin de faire transcrire son titre au bureau du conservateur des hypothèques, conformément aux prescriptions de la loi du 23 mars 1855.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE AU POINT DE VUE DE LA PERCEPTION DES DROITS D'ENRE- GISTREMENT ET DE TRANSCRIPTION.

Nous avons déterminé quels étaient, au point de vue du droit civil les effets que devait produire la promesse unilatérale de vendre, telle que nous l'avons caractérisée. Il nous faut voir maintenant quels seront ses effets au point de vue tout particulier de la perception des droits d'enregistrement et de transcription.

Nous aurons ici à nous poser deux questions distinctes :

1° Quelles sont les règles de perception applicables à la promesse unilatérale de vendre ;

2° Quels sont les droits encourus par la cession d'une semblable promesse.

SECTION PREMIÈRE

DROITS D'ENREGISTREMENT ET DE TRANSCRIPTION AUXQUELS EST
SOUmise LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

§ 1. *Droits d'enregistrement.*

Supposons une promesse unilatérale portant sur un immeuble, et plaçons-nous au moment où elle est faite. Admettons par hypothèse qu'un droit proportionnel puisse être perçu; pour nous, il ne saurait y avoir de doute, la promesse unilatérale de vendre transfère la propriété sous condition, l'administration pourrait prétendre percevoir le droit proportionnel de mutation immobilière (5 1/2 0/0). Au contraire, dans l'opinion qui ne voit dans l'obligation du promettant qu'une obligation de faire, il faudrait décider que c'est seulement le droit proportionnel d'obligation de sommes qui pourrait être réclamé (4 0/0). Il y aurait donc là deux solutions différentes à donner, selon que l'on se range à l'une ou à l'autre opinion, mais il se trouve, qu'en fait, elles arrivent toutes les deux au même résultat.

En effet, si nous disons que par l'effet de la pro-

messe la propriété de l'immeuble sera transférée, nous avons bien soin d'ajouter que ce ne sera que sous la condition suspensive que le stipulant déclare se porter acquéreur. Or, on est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que *pendente conditione* le droit proportionnel ne pourra pas être exigé. L'administration ne fait d'ailleurs aucune difficulté à l'admettre pour le cas spécial d'une vente sous condition suspensive, le droit de mutation immobilière ne sera exigible qu'après l'arrivée de la condition (Dictionnaire des droits d'enregistrement, n° 828, v° Vente). Il eut été trop dur d'exiger au moment même de la passation du contrat le droit proportionnel. La condition venant à défaillir, l'administration aurait été en droit de conserver le droit perçu conformément à l'art. 60 de la loi du 27 frimaire an VII : « Tout droit régulièrement perçu ne sera pas restitué. » Nous n'hésitons donc pas dans notre opinion à déclarer que la promesse ne sera pas soumise au droit proportionnel de 5 1/2 0/0. Elle ne payera que le droit fixe qui atteint les actes dont la loi fiscale ne s'est pas expressément occupé (V. MM. G. Demante, 4^e édition, t. I, p. 128, 174 et 175 et Naquet, t. I, n° 310). La jurisprudence est établie dans le même sens (V. Cassation, 13 janv. 1869, D. P. 69, I, 295; tribunal de Senlis, 4 mai 1875; Journal des notaires, n° 21366). Ce dernier tribunal avait eu à s'occuper de l'affaire suivante : dans un contrat de mariage, le père et la mère de la future s'étaient engagés à lui

céder, mais sans engagement réciproque de celle-ci, leur exploitation dans un délai déterminé et moyennant un prix à fixer par experts. L'administration avait émis la prétention de percevoir sur le contrat le droit proportionnel de mutation. Le tribunal de Senlis, appelé à se prononcer, fit l'application des véritables principes et donna tort à l'administration.

Les auteurs qui ne partagent pas notre manière de voir sur la nature de la promesse, arrivent cependant, nous l'avons dit, au même résultat que nous. Pour eux il y a promesse de faire, mais promesse qui n'est qu'éventuelle, elle est subordonnée à cette condition que le stipulant viendra se prévaloir de la promesse; on ne saurait donc percevoir le droit d'obligation de sommes (1 0/0).

Jusque là donc aucune différence en fait entre les deux doctrines, mais la divergence va éclater entre elles en fait et en droit, si au lieu de nous placer au moment où la promesse est faite, nous nous plaçons au moment où intervient la déclaration du stipulant qu'il entend se porter acquéreur. Immédiatement le droit proportionnel de mutation immobilière devient exigible, et en cela on est encore d'accord dans les deux doctrines. Mais voilà où on ne va plus s'entendre. L'administration a reçu de la loi du 27 frimaire an VII le droit de faire procéder à une expertise pour déterminer quelle est la véritable valeur de l'immeuble. Or, supposons que l'immeuble qui valait 100,000 francs

au jour de la promesse en vaille 200,000 au jour où intervient la déclaration du stipulant. L'expertise fait ressortir cette plus-value et l'administration émet la prétention de percevoir le droit proportionnel sur les 200,000 francs que vaut actuellement la chose. Les auteurs qui ne voient dans la promesse qu'une obligation de faire donnent pleinement raison à l'administration, et en cela ils sont logiques; pour eux il n'y a vente que du jour de la manifestation de volonté de la part de l'acheteur. Le droit de mutation immobilière est donc perceptible sur 200,000 francs. Dans notre opinion, au contraire, on ne saurait admettre cette solution. L'obligation du promettant de transférer la propriété étant conditionnelle, par l'effet rétroactif de la condition, le transfert de la propriété remonte au moment même de la promesse. C'est donc à ce moment qu'il faudra se placer pour apprécier la valeur de l'immeuble. Il vaut 100,000 francs, le droit proportionnel sera perçu sur ce chiffre et non pas sur 200,000 francs, comme le soutiennent l'administration et nos adversaires.

Malheureusement pour nous, la jurisprudence nous est absolument contraire; elle paraît définitivement fixée dans le sens de l'administration, et l'on peut craindre qu'elle ne change de longtemps de doctrine (V. Trib. du Mans, 21 avril 1859; *Journal de l'Enregistrement*, n° 16949; Trib. de la Seine, 25 juill. 1850; même journal, n° 15004; et surtout un arrêt déjà cité

et sur lequel nous aurons bientôt à nous expliquer; Cass., 10 mars 1886, S. 1887, 1, 83).

§ 2. *Droit de transcription.*

La promesse unilatérale de vendre est-elle soumise au droit de transcription au moment même où elle intervient entre les parties? Voilà la question que nous avons maintenant à résoudre. Et d'abord, demandons-nous ce que c'est que ce droit de transcription.

La loi du 11 brumaire an VII, en créant la transcription, lui avait donné deux effets importants : tout d'abord, elle *consolidait* la propriété en rendant opposable le titre d'acquisition aux ayants cause de l'aliénateur, et enfin elle avait pour effet de mettre un terme aux constitutions d'hypothèques et à leurs inscriptions. Sur ces entrefaites intervint la loi du 21 ventôse an VII, relative à l'organisation de la conservation des hypothèques, et elle décida dans son art. 25 que désormais la transcription *des actes emportant mutation immobilière* serait soumise à un droit de 1 1/2 0/0. Le conservateur était chargé de la perception du droit au moment de la réquisition de la formalité. Mais il est à remarquer que le législateur n'avait marqué aucun délai de rigueur pour faire transcrire; il

comptait sur l'intérêt que les parties avaient à requérir cette formalité.

Telle était l'état de la législation quand le Code civil fut rédigé; il abandonna le système de la loi de brumaire, il enleva à la transcription son effet consolidatoire, et il ne lui laissa qu'un effet assez restreint comme préliminaire de la purge des hypothèques. Sous un pareil système, on comprend qu'on n'avait pas grand intérêt à faire transcrire; aussi les recettes sur le droit de transcription baissèrent-elles considérablement.

Le législateur s'émut de cet état de choses et il profita de la rédaction du Code de procédure pour redonner une certaine utilité à la transcription. Les art. 834 et 835 décidèrent qu'elle ferait courir un délai de quinze jours pendant lequel les hypothèques et les privilèges acquis antérieurement à l'aliénation devraient être inscrits. Passé ce délai, l'inscription était impossible. La transcription présentait alors un véritable intérêt au point de vue de la purge des hypothèques et des privilèges. Dans le système du Code civil, au contraire, par le seul fait de l'aliénation, l'inscription ne pouvait plus être prise; on n'était donc pas intéressé à faire transcrire.

Les art. 834 et 835 se trouvaient en vigueur, quand le législateur sentit de nouveau le besoin de réformer la législation au point de vue fiscal. Dans la loi du 28 avril 1816 sur les finances, il commença par décider

que le droit de transcription de 1 1/2 0/0 créé par la loi de ventôse an VII, ne serait plus perçu par le conservateur des hypothèques, mais que le receveur de l'enregistrement percevrait un droit d'enregistrement surélevé de 5 1/2 0/0 sur les ventes d'immeubles, 4 0/0 représentant le droit de vente, 1 1/2 0/0 le droit de transcription (art. 52).

Mais là ne s'arrêtèrent pas ses innovations. La loi du 21 ventôse an VII n'avait rendu passibles du droit de transcription que les actes emportant *mutation de propriété immobilière*, la loi de 1816, art. 54, soumit au droit de 1 1/2 0/0 *tous les actes de nature à être transcrits*. Un acte était de nature à être transcrit toutes les fois que sa transcription présentait un intérêt quelconque, et notamment au point de vue de la purge des hypothèques.

Un exemple va montrer très nettement comment un droit peut être de nature à être transcrit aux termes de l'art. 54, sans qu'il y ait aucune mutation de propriété immobilière. Un héritier bénéficiaire s'est porté adjudicataire d'un immeuble de la succession vendu pour désintéresser les créanciers du *de cujus*. L'adjudication ne lui fait pas acquérir la propriété puisqu'il l'avait déjà, on ne pourra donc pas le soumettre au droit proportionnel de mutation immobilière. Mais il est certain qu'il a un intérêt à faire transcrire ; l'immeuble était grevé d'hypothèques du chef du défunt, la transcription lui était donc très utile au point de vue de la

purge, il payera donc le droit de transcription (1 1/2 0/0).

La promesse unilatérale au moment où elle est faite va-t-elle être soumise au droit de transcription en vertu de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. Dans l'opinion qui ne voit dans la promesse qu'une promesse de faire la négative s'impose ; le stipulant n'a évidemment aucun intérêt à faire transcrire. Mais dans notre opinion l'intérêt du stipulant à remplir cette formalité semble évident. Nous avons décidé que son droit était opposable aux ayants cause du promettant, qu'il pouvait passer outre aux aliénations et constitutions de droits réels émanant de ce dernier, pourvu qu'il ait eu soin de faire transcrire la promesse de vente. Allons-nous donc en vertu de l'art. 54 de la loi de 1816, la soumettre au droit de transcription au moment même où elle intervient. Nous ne saurions aller jusque-là et faire de la loi une application aussi rigoureuse. Et d'abord il faut le remarquer l'intérêt à faire transcrire n'est qu'éventuel, il n'apparaît pas aussi net que dans l'hypothèse que nous avons signalée de l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire d'un immeuble de la succession.

C'est ce qu'a admis avec beaucoup de raison, pour la vente sous condition suspensive, hypothèse très voisine de la nôtre, un arrêt du 15 novembre 1867 de la Cour de cassation (*Rép. général*, n° 17427 : « Que si le
« receveur de l'enregistrement n'a pu à raison d'une
« condition suspensive insérée à l'acte, percevoir le

« droit proportionnel d'enregistrement, les art. 52, 54
« et 61 de la loi de 1816 cessent d'être applicables. »
(V. en ce sens M. G. Demante, t. I, 4^e édit., p. 156).

Nous déciderons donc et cela d'accord avec nos adversaires, que le droit de transcription ne pourra être exigé qu'au moment où la condition se réalise par la déclaration du stipulant qu'il entend se porter acquéreur.

Mais il peut fort bien arriver que par prudence, le stipulant ait réclamé la transcription de la promesse, devra-t-il le droit de 1 1/2 0/0. Un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 1829 n'a pas hésité à répondre affirmativement (Instr. générale du directeur de l'enregistrement, 1282, 1). En effet, dit cet arrêt en substance, en vertu de l'art. 2199, toute personne peut requérir du conservateur la transcription d'un acte, et ce dernier ne peut refuser sans s'exposer aux pénalités édictées par la loi. Il est juste que s'il transcrit, il prenne le droit de transcription. Ce n'est pas lui, du reste, qui peut être juge de la question de savoir s'il y a ou non intérêt à faire transcrire. Ces raisons sont concluantes, et le mieux est de se ranger à l'opinion de la Cour de cassation.

Mais voilà sur quoi on s'est basé pour répudier la manière de voir de la Cour suprême et de la direction de l'enregistrement. La loi du 23 mars 1855 a modifié la législation civile sur le point spécial de la transcription. Elle lui a rendu le double effet qu'elle produisait sous la loi de frimaire an VII, mais en même temps

elle a décidé que certains droits dont la transmission ou la constitution n'étaient pas sous l'ancienne législation soumis à la transcription, y seraient désormais astreints quand ils seraient ou transmis ou constitués. Mais en faisant cette innovation, la loi nouvelle a eu soin de dire, qu'en attendant une loi sur la matière, loi qui d'ailleurs n'est jamais intervenue, les actes nouvellement soumis à la transcription ne payeraient que le droit fixe de un franc.

On comprend alors qu'elle va être la prétention de celui qui a fait transcrire une promesse de vente; payer le droit fixe de un franc, et non celui de 1 1/2 0/0. Il a compté, en effet, sur la disposition bienveillante de l'art. 12 de la loi de 1855, s'il avait su qu'on voulait lui appliquer la loi de 1816, il se serait bien gardé de faire transcrire. De plus, les termes de la loi semblent bien en sa faveur, il a fait transcrire un acte qui n'était pas soumis à cette formalité avant la loi de 1855.

Il faut bien l'avouer, ces objections sont embarrassantes quand on admet comme nous que la promesse unilatérale de vendre est une promesse *de dare*. Mais nous n'hésitons pas cependant à déclarer que l'administration est en droit de percevoir les 1 1/2 0/0 du droit de transcription et non pas seulement le droit fixe de un franc. En effet, l'art. 25 de la loi du 21 ventôse an VII, en décidant que le droit de 1 1/2 0/0 serait dû sur les mutations de propriété immobilière

a posé la règle de la matière, règle applicable, qu'elle soit volontairement requise ou imposée par la loi à toute transcription.

Pour déroger à cette règle il faut un texte spécial, l'art. 12 de la loi de 1855 y fait bien exception, mais ce que nous nions, c'est qu'il embrasse dans ses termes la promesse unilatérale de vendre. En effet, l'art. 12 se rapporte implicitement à l'art. 2 de la loi de 1855, qui est absolument muet sur une semblable promesse. Il est donc, logique de soumettre la promesse unilatérale dont on a requis la transcription au droit proportionnel de 1 1/2 0/0 et non au droit fixe de un franc. La Cour de cassation a persévéré dans la jurisprudence qu'elle avait admise en 1829 (Voir deux arrêts, 9 août 1860, 27 juillet 1853; Instr. du directeur de l'Enreg., 2185, § 3, 2274, § 8; R. G., 17425) et l'on peut dire que sa doctrine est sur ce point définitivement établie.

Il faut admettre, toutefois, que si le droit de transcription a été perçu au moment de la promesse, par suite de la réquisition du stipulant, il ne sera pas dû au moment où ce dernier déclare se porter acquéreur. Il y avait cependant une raison de douter, le droit de 5 1/2 0/0 est un droit d'enregistrement pour le tout, l'administration n'était-elle pas alors en droit de réclamer ces 5 0/0 au moment de l'exécution de la promesse, et non pas seulement 4 0/0. Ce résultat a paru trop rigoureux, et la jurisprudence a décidé que si

l'administration avait perçu 5 1/2 au moment de la réalisation de la promesse, on restituerait 1 1/2 0/0 au stipulant. L'administration n'a d'ailleurs fait aucune difficulté pour le ranger à cette manière de voir (Instr., générale, n° 2673, § 9, n° 13, p. 244; Cass., 31 mai 1888 ; Pandectes françaises, 6° partie, p. 46).

Nous avons vu que lorsqu'on requérait la transcription d'un acte qui n'était pas soumis à cette formalité, ce droit de 1 1/2 était exigible. La jurisprudence a fait une application rigoureuse de cette idée à un cas tout particulier. Une personne avait donné à bail à une autre son immeuble, en même temps elle lui avait promis de le lui vendre à la fin de la jouissance. Le preneur requit la transcription de l'acte sans aucune indication, et le conservateur émit la prétention de percevoir le droit de 1 1/2 sur la promesse de vente : le requérant résista, en faisait remarquer que dans l'espèce le bail était de plus de dix-huit ans, que par conséquent il devait être transcrit, et que le seul droit fixe de un franc devait être perçu sur l'acte. La Cour de Cassation, au rapport de M. Merville, donna raison au conservateur (18 juillet 1882, 21, 937, J.). Dans l'acte, disait-elle, il y a deux dispositions indépendantes, le bail de plus de dix-huit ans, la promesse de vente; le preneur requiert la transcription, il payera et le droit de un franc, et le droit de proportionnel de 1 1/2 0/0. Rien ne lui était plus facile que de faire une réquisition limitative, de ne faire transcrire son acte qu'en

partie, de laisser de côté la promesse et de déclarer que le bail. Il pouvait ou se faire délivrer un extrait littéral par le notaire, extrait répondant aux prescriptions de l'art. 2181 du Code civil, ou faire au conservateur une réquisition limitée au droit au bail. La requérant aurait ainsi évité le droit de 1 1/2 0/0 ; il se trouvait dans son tort de ne pas avoir fait une réquisition limitative.

SECTION II

DROITS D'ENREGISTREMENT AUXQUELS EST SOUMISE LA CESSIION DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

Supposons maintenant que le stipulant ait vendu son droit à un tiers, cette cession est parfaitement valable, nous l'avons démontré quand nous nous occupions des effets de la promesse unilatérale au point de vue du droit civil, sous cette réserve toutefois que le promettant n'aura à faire qu'à la personne envers qui il s'est engagée. La cession reconnue valable, à quels droits d'enregistrement sera-t-elle soumise, voilà ce qu'il faut nous demander. Mais pour résoudre la question, par la force même des choses, nous aurons à nous placer à deux moments distincts, tout d'abord au moment où la promesse est cédée, puis à celui où le

cessionnaire du stipulant vient en demander l'exécution.

§ 1. *Perception sur la cession de la promesse.*

Quel sera le droit encouru par la cession d'une promesse unilatérale de vendre. Pour nous il ne saurait y avoir de doute, la cession d'une promesse unilatérale de vendre est la cession *d'un droit immobilier*, nous déclarerons donc exigible le droit proportionnel de mutation immobilière (5 1/2 0/0).

Le Code civil admet non seulement des immeubles par nature et par destination, mais aussi des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : l'art. 526 classe dans cette dernière catégorie « *les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.* » Ainsi pour prendre des exemples, l'action appartenant au vendeur à réméré, celle du même pour faire rescinder une vente pour lésion de plus des sept douzièmes seront immeubles dans le sens de l'art. 526. Il en sera de même pour l'action résultant de la promesse de vente, car dans notre opinion, elle tend à *revendiquer un immeuble*. Nous arrivons donc logiquement à ce résultat : que la cession de la promesse unilatérale de vendre sera passible du droit de 5 1/2 0/0.

Un certain nombre de tribunaux, et l'administration

donnent la même solution que nous : le droit proportionnel de mutation immobilière sera dû sur la cession d'une promesse de vente. Il semble cependant que ce résultat ne peut se produire que lorsqu'on admet avec nous que la promesse unilatérale de vendre donne naissance à une obligation de *dare* conditionnelle. C'est justement ce que refusent d'admettre la jurisprudence et l'administration. Comment arrivent-elles donc à soumettre la cession au droit de 5 1/2 ? par un argument tiré de l'art. 526, C. civ. D'après un certain nombre d'auteurs, le mot revendiquer qui se trouve dans ce texte serait synonyme de celui de réclamer un immeuble à un titre quelconque. Il suivrait de là que toute action tendant à réclamer un immeuble à titre de créancier serait immobilière (Pothier, Intr. générale aux cout., n° 50, p. 15, n° 4; Toullier, t. III, n° 20. Demolombe, t. IX, nos 372 et suiv.; Aubry et Rau, t. VIII, p. 165, note 18; Laurent, t. V, p. 495).

Malgré l'autorité qui s'attache à ces noms, nous n'hésitons pas à dire que cette manière de voir est injustifiable; le texte de l'art. 526 est formel, il ne dit pas sont immeubles les actions qui tendent à réclamer un immeuble à un titre quelconque : il dit sont immeubles, les actions qui tendent à *revendiquer* un immeuble. Dans la langue du droit, que veut dire ce mot revendiquer un immeuble, le réclamer à titre de *créancier*, non pas, mais bien à titre de *propriétaire*. Eh bien, c'est cette interprétation singulière de l'art. 526 qui a

servi de point de départ à la doctrine professée par un certain nombre de tribunaux et par l'administration : le droit proportionnel de mutation immobilière sera exigible sur la cession d'une promesse unilatérale de vendre. Le tribunal de la Seine s'est fort nettement expliqué : « En ce qui touche la vente de la faculté ac-
« cordée aux preneurs, par l'acte de bail de se rendre
« acquéreurs, pendant les premières années, de jouis-
« sance de la propriété entière de D..., moyennant le
« prix de 450,000 francs, attendu que cette faculté, si
« elle eut été exercée, aurait eu pour effet de procurer
« un immeuble; que l'art. 526, C. civ., déclarant im-
« meuble par l'objet auquel ils s'appliquent les actions
« qui tendent à revendiquer un immeuble, le droit
« d'enregistrement doit être perçu au taux réglé pour
« les immeubles. » (13 juin 1860. *Diction. des droit: d'enregistr.*, v° Vente, n° 948. Voir encore un jugement du même tribunal du 21 décembre 1861; *Journ. de l'enreg.*, n° 17419, et un jugement du trib. de Grasse, 28 février 1883, *Diction. des droits d'enreg.*, 28 fév. 1883, cassé par la Cour suprême le 5 fév. 1889, *Journ. de l'enreg.*, art. 23171).

Nous ne pouvons admettre la manière de voir des tribunaux de la Seine et de Grasse, et de l'administration. Nous avons vu que l'interprétation de l'art. 526, sur lequel ils se basent, ne saurait être admise. De plus, nous pouvons faire valoir deux arguments qui ont bien leur valeur. Tout d'abord un argument historique.

Quoique la jurisprudence du centième denier n'ait plus une valeur législative sous l'empire de la loi de frimaire an VII, il n'en est pas moins certain qu'elle a inspiré cette dernière loi, et qu'elle peut servir pour en rechercher l'esprit. Or, le commentateur des tarifs de 1722 (p. 42, sur l'art. 3 du tarif) s'exprimait ainsi : « le centième denier est dû pour l'aliénation des droits réels qui consistent dans la faculté de *tirer immédiatement et directement quelques services et quelques commodités d'un fonds* : en quoi ils diffèrent des actions *in rem scriptæ*, qui ne sont que le droit de suivre le fonds à l'effet d'obliger le propriétaire à nous en céder la propriété ; car ces actions ne peuvent engendrer aucun droit de centième denier. » En second lieu, le texte même de la loi de frimaire vient nous fournir un argument. Cette loi, quand elle parle de transmission d'immeubles, ne parle jamais que de transmission en propriété, en usufruit, et en jouissance. Or, on peut bien faire rentrer dans le terme propriété les servitudes et les actions qui tendent à *revendiquer* un immeuble ; mais l'on ne peut absolument pas y faire rentrer les actions tendant à obtenir un immeuble à titre de créancier.

Etant admis le point de départ de la jurisprudence se refusant à voir dans l'obligation du promettant une obligation de *dare* transférant la propriété sous condition, il nous semble que le droit d'enregistrement, auquel l'administration a le droit de prétendre,

est le droit proportionnel de 2 0/0, concernant les transmissions d'objets mobiliers généralement quelconques (L. de frim. an VII, art. 69, § 1, n° 1). Il y a bien là transmission d'un droit mobilier du stipulant au cessionnaire ; par conséquent, le droit de 2 0/0 devient exigible sur la cession.

La jurisprudence de la Cour de cassation est cependant contraire et à la perception du droit de 5 1/2 0/0, et à celle du droit de 2 0/0. Elle va beaucoup plus loin, et décide que dans le cas où une promesse unilatérale de vendre aurait été cédée, aucun droit proportionnel ne pourra être perçu ; il n'y aura lieu qu'au simple droit fixe qui atteint les actes innomés (3 francs). Le tribunal de la Seine fit le premier l'application de cette doctrine, en revenant sur ses décisions antérieures que nous avons plus haut citées (13 janvier 1866, *Journ. de l'Enreg.*, n° 18294-2, et *Dictionnaire des droits d'enreg.*, v° Vente, n° 949). Dans un second jugement du 23 mars 1867 (*Journ. de l'Enreg.*, n° 18655), il disait nettement « que la promesse de vente est purement mobilière » (en cela il avait raison, étant admis la jurisprudence « courante), et ne pouvait en tous cas donner naissance au droit proportionnel. » C'est sur le pourvoi formé contre ce jugement que la Cour suprême a formulé la doctrine de la non exigibilité du droit proportionnel. L'avocat général Blanche avait ainsi argumenté pour faire admettre ce système. Il n'y a pas de doute que la perception du droit proportionnel ne

puisse pas intervenir sur un contrat soumis à une condition suspensive. Or, dans l'affaire, la promesse de vente est éventuelle; elle dépend de ce fait dont on ne peut garantir encore l'accomplissement, que le stipulant se prévaudra de la promesse. Il peut fort bien arriver que le stipulant n'use jamais du droit qui lui appartient d'exiger la passation de la vente; de même qu'il n'est pas impossible que l'immeuble venant à périr, le droit reconnu au bénéficiaire de la promesse ne devienne complètement illusoire. « Cette double
« conditionnalité, d'après l'avocat général Blanche,
« enlève à l'engagement son effet actuel, puisque tout
« est rejeté dans les *futurs contingents*. » La Cour de cassation admit cette manière de voir, et valida le jugement du tribunal de la Seine, ordonnant la restitution du droit de mutation immobilière irrégulièrement perçu. « Attendu que la comtesse d'Amaillé, cession-
« naire aux termes de l'acte du 1^{er} août 1863, du droit
« des preneurs pour le temps restant à courir du bail
« originaire, a acquis par l'effet de la cession le béné-
« fice de la promesse de vente, telle qu'elle existait
« en faveur de ses cédants; qu'ainsi, le droit reste
« conditionnel entre ses mains, et que, dès lors, pas
« plus que la promesse elle-même, la cession dont elle
« avait été l'objet ne pouvait servir de base à la per-
« ception du droit proportionnel. Confirme, etc. » (13 janvier 1869. Voir dans le même sens un arrêt du 3 février 1889; *Journ. de l'Enreg.*, n° 23, 171. Voir

en ce sens un jugement du tribunal de la Seine du 2 mai 1884, *Journal des Notaires*, 23260).

On ne peut nier que la thèse de la Cour de cassation ne soit très avantageuse pour les contribuables ; mais il nous semble qu'une raison d'humanité ne peut prévaloir contre les principes de la loi. Il est vrai que la promesse unilatérale de vendre est conditionnelle, tel est bien notre système, et nous admettons qu'aucun droit proportionnel ne peut être perçu sur elle au moment où elle intervient. Mais il ne s'en suit pas que la cession de la promesse soit elle-même conditionnelle ; au contraire, cette cession est actuelle et n'a rien d'éventuel : elle est si peu conditionnelle que le prix en sera immédiatement payé. L'on ne comprend pas alors pourquoi on refuse à l'administration le droit de percevoir le droit proportionnel.

§ 2. *Perception sur la réalisation de la vente par le cessionnaire.*

Plaçons-nous maintenant au moment où le cessionnaire vient réclamer l'exécution de la promesse. Le promettant exécute son obligation ; quels sont les droits auxquels l'administration peut prétendre. La question s'est élevée récemment devant les Tribunaux dans les conditions suivantes :

Par un acte sous-seings privés du 2 septembre 1880, une dame Gioan avait loué pour trois ans aux sieurs Bayard et Moucot une propriété sise à Cannes, avec faculté pour les preneurs de s'en rendre acquéreurs moyennant le prix de 100,000 fr. Le 3 mars 1881, aux termes d'un acte notarié, la Société civile des terrains de Cannes et du Cannet, acquit des preneurs le droit au bail, et en même temps le droit de se prévaloir de la promesse de vente : le prix convenu pour la cession se trouvait être de 158,548 francs. La régie émit aussitôt la prétention de percevoir 5 1/2 0/0, droit proportionnel de mutation immobilière sur ces 158,548 francs, et déclina une contrainte contre la Société cessionnaire. Celle-ci fit opposition à la contrainte, et le 28 février 1883, elle succombait devant le tribunal de Grasse (*Dictionnaire des droits d'enregistrement*, v° Vente, n° 948). Ce jugement a été déféré à la Cour suprême qui vient de le casser récemment en faisant application de la règle qu'elle avait posée en 1869 : la cession d'une promesse de vente n'encourt qu'un droit fixe (V. le jugement du tribunal de Grasse et l'arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1889, dans le *Journal de l'enregistrement*, art. 23171).

Les choses en étaient là, quand la Société civile des terrains de Cannes vint réclamer de M^{me} veuve Gioan l'exécution de la promesse de vente, et la vente fut passée moyennant le prix convenu de 100,000 francs.

La Société cessionnaire espérait que puisqu'elle avait payé 5 1/2 0/0 sur la cession, l'enregistrement se contenterait de réclamer le droit proportionnel de mutation immobilière seulement sur les 100,000 fr. du prix de vente. Mais en ceci son attente fut singulièrement déçue.

L'administration se prévalut de son droit de faire procéder à l'expertise, conformément à l'art. 17 de la loi du 27 frimaire an VII ; et l'expertise ayant fait ressortir que l'immeuble valait 213,790 francs au jour de la réalisation de la promesse, elle réclama le droit proportionnel de 5 1/2 0/0 sur la somme de 113,790 fr. en plus de la perception déjà opérée sur 100,000 fr. du prix de vente. La Société des terrains de Cannes et du Cannet fit de nouveau opposition à la contrainte, et le 4 mars 1885, le tribunal de Grasse donnait de nouveau raison à la régie. Si bien que la Société cessionnaire se trouvait avoir payé le droit de 5 1/2 0/0 sur 371,338 francs.

Il ne lui restait qu'une ressource, se pourvoir de nouveau devant la Cour de cassation, c'est ce qu'elle fit, et la question fut portée devant la Cour suprême.

Une double difficulté demandait à être résolue : 1° à quel moment faut-il se placer pour apprécier la valeur vénale qui doit servir de base à la perception du droit proportionnel de mutation immobilière sur la réalisation de la promesse.

2° Quand il y a eu cession du droit du stipulant à un

tiers, celui-ci sera-t-il en droit de prétendre que la somme payée sur la cession doit s'imputer sur la somme à percevoir pour la réalisation de la vente.

Le tribunal de Grasse avait décidé tout d'abord que l'estimation de l'immeuble devait avoir lieu au moment de la déclaration du stipulant ou de son cessionnaire qu'il se porte acquéreur, et en second lieu il avait rejeté absolument l'imputation.

M. le conseiller Voisin, nommé rapporteur, soutint qu'à ce double point de vue le tribunal avait bien jugé. Il mettait tout d'abord de côté le point de savoir si la perception avait été légitime sur le prix de la cession, point qui a été récemment tranché par la Cour suprême dans le sens de son précédent arrêt de 1869.

Il passait ensuite à la première question que nous avons formulée ainsi : à quel moment doit s'apprécier la valeur de l'immeuble, et il décidait très nettement que c'était au moment de la réalisation de la vente. Sur la seconde question, celle de l'imputation, qui se présentait pour la première fois devant la Cour, il s'exprimait en ces termes : « Nous ne croyons pas que vous
« puissiez adopter la thèse du mémoire qui repose sur
« une confusion véritable entre deux contrats essen-
« tiellement distincts, et qui d'ailleurs est repoussée
« par les auteurs qui ont eu à la traiter ; il s'agit, di-
« sons-nous, de deux contrats absolument différents
« l'un de l'autre au point de vue de la perception des
« droits, c'est ce qu'il est facile de démontrer. » Le

rapporteur faisait ensuite valoir à l'appui de sa manière de voir qu'il y a si bien deux contrats distincts qu'ils étaient intervenus entre personnes différentes. La promesse avait eu lieu entre les sieurs Bayard et Moncot et la veuve Groan, et la cession entre cette dernière et la société civile des terrains de Cannes et du Cannet. « Ce qui est transmis au cessionnaire, disait « enfin M. Voisin, ce n'est pas l'immeuble, le cédant « n'en ayant jamais eu la propriété, pas même sous la « condition n'a pu la transmettre. L'objet de la cession « est tout autre, il consiste en une action tendant à « l'acquisition d'un immeuble ; c'est cette action considérée en elle-même, et abstraction faite de l'immeuble, qui a été transmise au cessionnaire, et qui a « dû acquitter les droits dont sont passibles les cessions d'actions immobilières, etc. » Et il conclut : « Les deux droits doivent être perçus séparément sans « que le premier doive ensuite être imputé sur le second. »

La Chambre des requêtes admit la manière de voir du conseiller rapporteur et, par un arrêt du 10 mars 1886, elle se prononça et pour l'évaluation de l'immeuble au jour de la réalisation de la vente, et pour la non admission de l'imputation proposée par la société cessionnaire (Sirey, 1887, 1, 83 ; *J. du Palais*, 1887, p. 172).

La Chambre des requêtes a-t-elle bien jugé. Oui, à notre avis, quand elle décide qu'il n'y aura pas lieu

d'imputer la somme perçue sur le prix de cession sur celle à percevoir au moment de la réalisation de la vente. Il y a bien là deux actes distincts, comme le disait le rapporteur : 1° la cession d'une action immobilière; 2° la réalisation de la promesse cédée. On comprend donc très bien que l'on perçoive 5 1/2 0/0 sur les 158,548 francs du prix de cession, et pareil droit sur les 100,000 francs du prix donné par les cessionnaires au moment de la réalisation de la vente. Ce que nous nous refusons à admettre c'est le droit de l'administration de percevoir le droit proportionnel de mutation immobilière sur la valeur de l'immeuble au moment où le cessionnaire se prévaut de la promesse. Nous avons déjà exposé notre manière de voir sur la question; pour nous la promesse unilatérale donne naissance à une obligation de *dare* conditionnelle; par l'effet rétroactif de la condition accomplie (art. 1179 du Code civil), le transfert de la propriété remonte au jour même de la promesse. C'est donc, à ce moment qu'il faudra se placer pour apprécier la valeur de l'immeuble.

La Cour de cassation a heureusement maintenu sa jurisprudence de 1869 sur la cession de la promesse unilatérale de vendre, et a persisté à l'exempter de tout droit proportionnel, elle arrive ainsi à une solution après tout acceptable. Le droit proportionnel sera perçu sur 213,790 francs. Mais ce qui est vraiment exorbitant, c'est la thèse de l'administration et du

tribunal de Grasse on percevra d'abord 5 1/2 0/0 sur 138,548 francs puis sur 213,790 francs, soit sur un total de 371,338 francs. Pour arriver à ce singulier résultat, le tribunal de Grasse et l'administration ont le tort d'emprunter une de leurs solutions à la jurisprudence admise sur la nature de la promesse unilatérale de vendre, puis une autre solution au système auquel nous nous sommes rangés avec M. Colmet de Santerre. Nous avons démontré, en effet, que ce n'est que dans notre opinion que l'on peut soutenir que la cession de la promesse unilatérale de vendre entraîne le droit proportionnel de mutation immobilière. L'art. 526, dans la rigueur de ses termes, ne s'applique qu'aux actions qui tendent à revendiquer un immeuble, c'est-à-dire, à le réclamer à titre de propriétaire. Nous avons montré, en outre, que le texte de la loi de frimaire et ces précédents historiques s'opposaient à la perception du droit de mutation immobilière. Cela n'empêche par le tribunal de Grasse de nous emprunter notre solution, en même temps que reprenant à son profit la jurisprudence courante sur la nature de la promesse unilatérale de vendre, il décide que la valeur vénale doit s'apprécier au moment de la réalisation de la vente. Il y a là deux solutions qui sont parfaitement incompatibles et que l'on ne saurait logiquement rapprocher.

Nous sommes arrivé au terme de notre étude sur la promesse unilatérale de vendre au point de vue spécial

de la perception des droits d'enregistrement et de transcription. Malheureusement ici, comme en matière civile, les déductions du système auquel nous nous sommes rangés sur la nature de la promesse sont rejetées par une jurisprudence constante. Nous avons cru cependant devoir présenter notre manière de voir sur la question ; elle présente un intérêt théorique à défaut d'un intérêt pratique, car on ne peut guère espérer que la Cour de cassation revienne sur les solutions qu'elle a données.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS DE LA THÈSE

I. L'action résultant d'un prêt sans intérêt, d'un dépôt, d'un commodat d'un précaire, commence à se prescrire du jour même du contrat (p. 38).

II. L'*accessio temporum* pouvait être invoquée en matière de prescription extinctive (p. 45).

III. La prescription extinctive accomplie ne laisse pas subsister une obligation naturelle (p. 61).

IV. L'action hypothécaire en droit romain survivait à la prescription de l'action personnelle (p. 90).

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. Les pactes et stipulations, même dans le dernier état du droit, ne pouvaient constituer une servitude

comme droit réel (V. en ce sens, Inst., liv. II, tit. III, § 4; Gaius, Com., II, § 31; *non obstat*, L. 20, *De servitut*, VIII, 1).

II. Les servitudes prédiales sont urbaines ou rurales selon la nature du fonds dominant (V. en ce sens, L. 1, § 1, D., *De itinere actusque privato*, XLIII, 1; L. 11, p. 1, D., *De publiciana actione*, VI, 2; L. 1, § 1, *De aqua quotidiana*, XLIII, 20).

III. La *litis contestatio* laissait subsister une obligation naturelle (V. L. 8, § 3; L. 60, *De fidej.*, XLVI, 1).

IV. L'*usucapio* à l'origine n'exigeait ni juste titre, ni bonne foi (Arg., Ulpien, XIX, 8; Modestin, L. 3, D., *De usurp. et usucap.*, XLI, 3).

DROIT CIVIL FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. La promesse unilatérale de vendre est une promesse de *dare* conditionnelle (p. 151).

II. La promesse de vendre la chose d'autrui n'est pas nulle (p. 183).

III. Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de

vendre qui en aura requis la transcription sera tenu de payer le droit proportionnel de transcription de 1 1/2 0/0, et non pas seulement le droit fixe de un franc de l'art. 12 de la loi du 23 mars 1855 (p. 200).

IV. Ne sont immeubles par nature aux termes de l'art. 526 du Code civil que les actions qui tendent à revendiquer un immeuble à titre de propriétaire (p. 204).

POSTIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

I. Les servitudes continues et apparentes ne peuvent s'acquérir que par la prescription de trente ans et non par celle de dix ou vingt ans (art. 690, C. civ.).

II. Une servitude ne peut s'éteindre que par le non usage pendant trente ans ; la prescription acquisitive de dix ou vingt ans ne peut être invoquée par le propriétaire du fonds servant (art. 706, C. civ.).

III. Le défaut de transcription d'une donation ne peut être opposée par un donataire subséquent à titre particulier (art. 941 et 1167, C. civ.).

IV. Une hypothèque constituée par un cohéritier sur un bien de la succession mis au lot d'un autre cohéritier par le fait d'une licitation, est anéantie en vertu de l'effet déclaratif du partage (art. 883, C. civ.), non seulement au point de vue du droit de suite, mais même au point de vue du droit de préférence. La part

du prix provenant de la licitation sera partagée au marc le franc entre les créanciers du cohéritier qui a constitué l'hypothèque.

ENREGISTREMENT

I. Le jugement annulant un contrat pour cause de lésion ne doit être soumis qu'au droit fixe et non pas au droit proportionnel, car alors il y a résolution pour cause ancienne et inhérente, par conséquent nullité radicale aux termes de l'art. 68, § 3, n° 7, de la loi de frimaire an VII.

II. La licitation d'un immeuble légué conjointement à plusieurs personnes, prononcée au profit de l'une d'elles, n'encourt pas le droit de transcription de 1 1/2 0/0, aux termes de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816. Etant admis d'ailleurs que le droit de transcription puisse être perçu, il ne peut l'être que sur le testament et non pas sur la licitation.

PROCÉDURE CIVILE

En matière civile, le ministère public ne peut agir par voie d'action que dans les cas expressément spécifiés par la loi, et non pas en toute matière intéressant

l'ordre public. Il ne peut, en conséquence, intervenir dans une demande en nullité de mariage qu'il n'a pas formée, ni interjeter appel ou se pourvoir en cassation contre un jugement ou arrêt rendu sur la même demande.

DROIT CRIMINEL

L'excuse atténuante, toutes les fois qu'elle transforme la nature de la peine, transforme également la nature de l'infraction.

Vu par le Président de la thèse,
G. DEMANTE.

Vu et approuvé par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

LE LA PRESCRIPTION EXINCTIVE DES ACTIONS ET EN PARTICULIER DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

	PAGES
Introduction	5
PREMIÈRE PARTIE. — Prescription des actions. —	
Introduction	7
CHAPITRE PREMIER. — Historique de la prescription des	
actions	10
Section première. — Perpétuité des actions. . .	10
Section II. — Prescriptibilité des actions . . .	23
CHAPITRE II. — Conditions requises pour la prescription	
extinctive	34
§ 1. <i>Actio Nata.</i>	34
§ 2. Laps de temps	43
§ 3. Continuité.	47
A. Interruption de la prescription	47
B. Suspension	53
CHAPITRE III. — Effets de la prescription extinctive . .	57
§ 1. Avant Théodose.	57
§ 2. Depuis Théodose	70

	PAGES
Appendice. — Les exceptions étaient-elles susceptibles de s'éteindre par la prescription extinctive	77
DEUXIÈME PARTIE. — Prescription de l'action hypothécaire.	85
Introduction	85
CHAPITRE PREMIER. — Prescription de l'hypothèque au profit du tiers détenteur	88
CHAPITRE II. — Prescription au profit du tiers détenteur	101

DROIT FRANÇAIS

DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENDRE

Introduction.	109
PREMIÈRE PARTIE. — Historique de la promesse de vente.	117
Section première. — Droit romain.	117
Section II. — Ancien droit français	123
DEUXIÈME PARTIE. — Promesse de vente dans notre droit actuel.	133
CHAPITRE PREMIER. — Validité de la promesse unilatérale. — Modalités dont elle est susceptible, etc. .	133
§ 1. Validité de la promesse.	133
§ 2. Acceptation. — Conditions de validité. — Promesse faite sans détermination de prix. — Preuve.	139
§ 3. Modalités dont est susceptible la promesse unilatérale	144

	PAGES
CHAPITRE II. — Nature de la promesse unilatérale de vendre	150
CHAPITRE III. — Effets de la promesse au point de vue du droit civil	166
§ 1. Au point de vue du transfert de la propriété	166
§ 2. Des risques	170
§ 3. De la lésion	175
§ 4. Cession de la promesse unilatérale de vendre.	179
Appendice.	183
§ 1. Promesse de vendre la chose d'autrui	183
§ 2. Pacte de préférence	185
CHAPITRE IV. — Effets de la promesse au point de vue de la perception des droits d'enregistrement et de transcription.	190
Section première. — Droits d'enregistrement et de transcription auxquels est soumise la promesse elle-même	191
§ 1. Droits d'enregistrement.	191
§ 2. Droit de transcription	195
Section II. — Droits d'enregistrement auxquels est soumise la cession de la promesse	203
§ 1. Perception sur la cession.	204
§ 2. Perception sur la réalisation de vente	210
Positions	219

